

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTE DE DROIT

DE
L'OPÉRATION DE BOURSE A TERME
LICITE

Considérée dans les rapports de l'intermédiaire et du donneur d'ordre

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mardi 26 avril 1910, à 3 heures

PAR

Adolphe DELEMER

Président : M. WAHL, professeur.

Suffragants : { MM. LYON-CAEN, professeur.
THALLER, professeur.

LIBRAIRIE

de la Société du

RECUEIL J.-B. SIREY

22, Rue Soufflot. — PARIS, v^e

L. LAROSE & L. TENIN Directeurs

1910

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE

L'OPÉRATION DE BOURSE A TERME LICITE

Considérée dans les rapports de l'intermédiaire et du donneur d'ordre

THESE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mardi 26 avril 1910, à 3 heures

PAR

Adolphe DELEMER

Président : M. WAHL, professeur.

*Suffragants : { MM. LYON-CAEN, professeur.
THALLER, professeur.*

LIBRAIRIE

de la Société du

RECUEIL J.-B. SIREY

22, Rue Soufflot. — PARIS, v°

L. LAROSE & L. TENIN Directeurs

1910





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554625_0041

INTRODUCTION

Les opérations de Bourse ont donné naissance à des difficultés notoires, qui sont l'origine de toutes les théories capitales, élaborées sur cette matière au cours du *xix^e* siècle. Aussi, pour saisir immédiatement le rapport qui les unit avec la question restreinte, dont nous voulons essayer de faire l'exposé, importe-t-il de les énoncer dès à présent.

Chacune d'elles a fait l'objet d'une jurisprudence considérable et de nombreuses études doctrinales. Qu'il nous soit permis d'en dégager seulement les solutions dernières. Une étude plus étendue sortirait du cadre que nous nous sommes tracé.

Exception de jeu, monopole des agents de change, contrat direct : tels sont les trois éléments, qui, chaque jour, donnent lieu à des procès. Il est aisé de voir que les deux derniers peuvent se rencontrer dans toute opération de Bourse, qu'elle soit au comptant ou à terme. Par sa nature même, l'exception de jeu ne se rencontrera que dans les marchés à terme. En ce résumé rapide, nous nous occuperons d'abord de

cette dernière, de beaucoup la plus connue. Puis, après un aperçu des deux autres points, nous nous efforcerons de tracer la ligne de démarcation, qui sépare leurs trois domaines, de façon à nous y renfermer autant que possible, dans les développements que nous donnerons successivement à notre sujet.

I. — Il y eut de grandes incertitudes sur la portée qu'il convenait de donner à la loi du 28 mars 1885. Elle mettait fin à une longue période pendant laquelle les marchés à terme jouissaient d'une existence légale, qu'aucun texte ne déterminait. Les tribunaux se reconnaissaient le droit d'annuler toute opération de ce genre, dès lors qu'à l'échéance, par l'effet d'une convention préalable intervenue entre les parties, elle se traduisait, sans aucune livraison de titres, par une simple différence au débit ou au crédit de l'une d'elles. Les juges recherchaient, dans les circonstances de la cause, l'intention qui avait présidé à la conclusion du marché. L'article 1^{er} de la loi de 1885 décide que : « tous marchés à livrer sur effets publics et « autres sont reconnus légaux. Nul ne peut, pour se « soustraire aux obligations qui en résultent, se pré- « valoir de l'article 1965, lors même qu'ils se résou- « draient par le paiement d'une simple différence. »

Aussitôt des discussions s'élevèrent. Le but du législateur n'était assurément pas de conférer à une convention de jeu le bénéfice d'une action judiciaire, et de légitimer ainsi des engagements qui générale-

ment sont considérés comme immoraux. Mais à quels signes devait-on leur reconnaître ce caractère ? L'article 1^{er} n'établissait-il pas une présomption *juris et de jure*, selon laquelle toute opération qui aurait emprunté la forme d'un marché à terme, serait considérée comme licite, sans que la preuve contraire en fût admise ? Cette présomption au contraire s'évanouissait-elle devant un acte écrit, où les parties se seraient engagées à ne pas réclamer la livraison à l'échéance ? Suffisait-il même qu'il fût établi par des présomptions graves, précises et concordantes que jamais le spéculateur n'avait envisagé un achat véritable entraînant un paiement intégral ?

Nous n'avons pas à entrer dans cette discussion. Il est admis, puisque nous nous trouvons ici en matière commerciale, que la preuve par présomptions suffit au juge pour former sa conviction. Reste, si l'on ne tient compte d'une jurisprudence, d'après laquelle la seule forme du marché à terme donnait une validité absolue à l'opération de jeu dissimulée sous son apparence, que la convention de jeu est nulle à présent comme avant la loi de 1883 : c'est le point qu'il était intéressant de préciser.

II. — Lorsqu'il s'agit de valeurs cotées à la Bourse, l'entremise d'un agent de change est obligatoire. Toute opération exécutée autrement que par son intermédiaire est entachée d'une nullité d'ordre public.

Il semble que la jurisprudence ait éprouvé quel-

que difficulté à accorder à cette solution une valeur absolue, sans l'appuyer d'une autre considération. Car l'article 76 du Code de commerce, en déclarant que les agents de change ont seuls le droit de faire les négociations d'effets publics et autres susceptibles d'être cotés, était muet sur la sanction que le législateur prétendait attacher à toute violation de ce privilège. Un ancien arrêt du 24 septembre 1724 déclarait : « Toutes négociations de papiers commercables
« et effets, faites sous le ministère d'un agent de
« change, sont déclarées nulles en cas de contesta-
« tion, faisant Sa Majesté deffense à tous huissiers et
« sergens de donner aucune assignation sur icelles ;
« à peine d'interdiction et de 300 livres d'amende,
« et à tous juges de prononcer aucuns jugements, à
« peine de nullité desdits jugements. »

L'article 3 de la loi de 1885 l'abrogea. Mais quelle valeur attribuer à une disposition si vaste, qu'elle devient étrangère à l'objet même de la loi, et que sa portée dût sans doute échapper à ceux qui l'édicterent ? Cependant il fallut bien s'incliner.

On ne voulait pas toutefois abandonner la théorie de cette nullité d'ordre public. Que restait-il pour la soutenir ? Des auteurs ont dit qu'elle était encourue, parce que l'objet du mandat était illicite. Plus singulière fut la solution qu'admit la Cour de cassation dans l'arrêt du 9 décembre 1895 (S. 97.1.385). Elle établit par une présomption absolue, que tout marché

passé en fraude de l'article 76 constituait une opération de jeu. Elle lui refusait par conséquent toute action, et par des voies différentes, moins sûres peut-être, elle aboutissait au même résultat, que celui qu'obtenait par une simple mesure impérative l'arrêt abrogé de 1724. Cette idée était manifestement inexacte, dans son principe: rien absolument n'empêche qu'on achète des valeurs cotées par l'entremise d'un banquier coulissier, qui opérera lui-même, sans faire appel au concours d'un agent de change, et qu'on en prenne effectivement livraison. Comment soutenir le contraire de ce qui peut exister en fait?

Quoi qu'il en soit, de ces divers systèmes, une chose demeure certaine, à part pour quelques auteurs, assurément plus logiques que cette jurisprudence, c'est que la violation de l'article 76 entraîne une nullité d'ordre public. Le résultat est le même que pour le jeu.

III. — En thèse générale, et pour des raisons qui s'appliquent à tout commissionnaire, celui-ci ne peut se porter contre-partie de son commettant, lui vendre directement ce qu'il a été chargé par lui d'acheter, acheter pour son compte personnel, ce qu'on lui avait donné l'ordre de vendre.

On n'a pas voulu que l'intermédiaire pût être tenté de sacrifier les intérêts d'autrui aux siens propres. D'ailleurs, l'esprit même de la convention n'exclut-il

pas pour lui la faculté de se départir de son rôle de mandataire ? Le commettant l'ayant dès l'abord considéré comme tel, peut-il lui appartenir de transformer à son gré l'accord conclu, fût-ce pour procurer à son cocontractant un égal avantage ?

Cependant rien n'empêchait les deux parties de l'entendre autrement et de reconnaître formellement à l'intermédiaire le droit de se dépouiller de son caractère habituel, pour se porter contre-partie. Cette latitude s'étend aux opérations de Bourse. Elle leur a été reconnue par une jurisprudence constante, en des arrêts extrêmement nombreux : tel est donc le contrat direct, contrat parfaitement valable en lui-même, lorsqu'il n'entraîne pas la violation de quelque autre règle de droit. Mais il faut qu'en tous cas la convention ait existé. Lorsque c'est à l'insu du donneur d'ordre que l'intermédiaire s'est départi de sa véritable fonction, le premier peut invoquer la nullité des opérations ; celle-ci n'est jamais que relative.

Ces trois questions d'importance capitale nous apprennent quels sont les devoirs de tout intermédiaire de Bourse. Comme tel, et pour rester dans son rôle, pour pouvoir aussi, le cas échéant, soutenir une action contre celui qui lui a transmis des ordres, il doit, d'une part, conclure des opérations réelles et non fictives, d'autre part traiter avec un autre intermédiaire chargé d'intérêts inverses, et s'il s'agit de

valeurs cotées, s'adresser à un agent de change. Réalité et régularité des opérations, tels sont les deux termes qui résument ses devoirs. Et cela nous amène au cœur même du sujet que nous avons en vue.

Qu'un agent de change ou qu'un coulissier soit actionné par son client en restitution de sommes payées ou simplement remises en garantie, ou même qu'il ait à intenter une action pour vaincre la résistance opposée à ses réclamations, en un mot qu'il soit défendeur ou demandeur, force lui sera de justifier qu'il a fidèlement exécuté le mandat reçu et qu'il n'a contrevenu à aucune des règles qui régissent son état. Il devra établir le caractère sérieux des opérations exécutées par lui, démontrer qu'elles l'ont été effectivement avec un tiers, et grâce au ministère d'un agent de change, s'il n'a pas cette qualité, et qu'il s'agisse de valeurs cotées. Savoir de quelle manière et à quelles conditions il rapportera ces diverses preuves rentre incontestablement dans les questions qui ont trait à sa fonction de mandataire.

« Tout mandataire, dit en effet l'article 1993 du « Code civil, est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il « a reçu en vertu de sa procuration. » C'est un devoir auquel l'intermédiaire de Bourse n'échappe pas plus qu'un autre. De là peuvent naître des contestations au sujet des comptes, qui périodiquement sont en-

voyés aux spéculateurs, à propos notamment de l'application des cours et du montant des courtages.

Il viendra un moment où toute action, quelle que soit sa cause, qu'elle procède de l'inexactitude des comptes ou de la violation des règles du mandat, sera irrévocablement éteinte. C'est le règlement définitif qui mettra obstacle à tout retour en arrière.

Ici encore nous avons à signaler les effets qu'entraîne le caractère absolu de certaines nullités. Les opérations de jeu, par une disposition légale, qui ne souffre pas de discussion, les négociations sur valeurs cotées, effectuées en violation de l'article 76, à la faveur d'une argumentation dont nous avons signalé les côtés faibles, sont déclarées nulles, et la nullité qui les frappe est d'ordre public. Il s'ensuit qu'elles ne sont pas susceptibles de ratification, car il va de soi que l'autorité judiciaire ne saurait sous aucun prétexte sanctionner des engagements, que la loi a déclarés contraires à l'intérêt général. Bien plus (article 1131 C. c.) il ne leur est même pas permis d'en connaître, de telle sorte que tout règlement deviendra définitif, et qu'aucune répétition ne sera plus possible, du moment bien entendu où les deux parties auront été d'accord pour jouer ou pour contrevenir à l'article 76.

S'il s'agit au contraire d'une faute dans l'exécution du mandat, que l'intermédiaire par exemple se soit sans autorisation constitué contre-partie, rien n'em-

pèche le commettant, puisque dès l'origine il pouvait y souscrire, de ratifier par la suite les opérations. Il en est de même, lorsque le compte est susceptible de critiques, et que celui qui le reçoit renonce à s'en prévaloir. Une ratification expresse ou tacite les mettra à l'abri de toute discussion. Cette ratification peut d'ailleurs résulter, soit de l'approbation de compte, soit du règlement qui en aura été effectué en connaissance de cause.

C'est par des arrêts qui furent rendus depuis 1862, à l'occasion de jeux de Bourse ou à propos du monopole des agents de change, qu'ont été définis les effets du règlement définitif et ceux de la couverture, qui s'y rattache. Nous aurons à en faire l'étude.

Il nous sera plus facile, à présent que nous les connaissons d'une manière générale, d'exposer les règles qui régissent les rapports d'un intermédiaire, agent de change, coulissier ou banquier, se conformant à son rôle professionnel, avec le client qui lui a donné un ordre. Nous supposerons donc que l'opération évolue régulièrement, sans que le mandataire, d'accord ou non avec le spéculateur, contrevenne aux obligations générales, précédemment exposées. Nous verrons quels rapports juridiques peuvent résulter de la transmission de l'ordre à un sous-mandataire, notamment entre ce dernier et le donneur d'ordre. Nous sommes ici dans le domaine

que nous nous étions fixé, et dont il importait de déterminer les limites.

C'est sous ces réserves que nous intitulons cette étude : « De l'opération de bourse à terme licite, considérée dans les rapports de l'intermédiaire et du donneur d'ordre », nous proposant par là d'envisager le rôle de tout mandataire, libre ou privilégié, agent de change et coulissier, banquier et remisier.

CHAPITRE PREMIER

Du marché à terme.

Le marché à terme est un contrat affecté d'une double modalité, par lequel les parties, en se transmettant la propriété de valeurs de Bourse (ou de marchandises), s'accordent réciproquement un même terme, au vendeur pour livrer, à l'acheteur pour payer le prix.

Rien ne s'oppose à ce que cet accord de volontés soit réalisé directement entre eux. Mais en pratique les spéculateurs ont recours le plus souvent à des intermédiaires, qui rendent publiques les offres et les demandes. C'est en comparant celles-ci, qu'il devient possible de constater le cours des valeurs, de les coter. L'usage général, les règlements imposés par les syndicats d'intermédiaires à leurs membres, et que les spéculateurs doivent adopter, ont établi certaines conditions, hors desquelles le contrat ne pourrait être conclu. Elles s'imposent aux volontés particulières et sont contemporaines de leur accord : c'est dans ce chapitre qu'elles doivent être exposées.

Mais auparavant, il nous faut dire quelques mots

de la validité des marchés à terme. Cette question a été résolue de telle sorte qu'elle ne peut plus prêter à la controverse, et la jurisprudence, obéissant à la loi, depuis longtemps n'a plus eu à subir, au moins sur la question de principe, aucune variation.

Rien ne semblerait autoriser à déroger au droit commun qui consacre la liberté des conventions, si le marché à terme ne faisait naître la combinaison plus contestable, que l'on appelle vente à découvert. C'est elle qui permet la spéculation au vendeur de titres : il promet en effet une chose non individualisée et dont il n'est pas actuellement propriétaire. Le jeu de Bourse devient possible.

Aussi l'ancien droit, hostile à l'agiotage, formula, à la suite des bouleversements produits par le système de Law, l'interdiction absolue de toute opération à terme. Cette mesure fut édictée par l'arrêt du Conseil du Roi du 24 septembre 1724.

Mais la raison même qui l'avait fait prendre fit qu'en 1785 on restreignit la prohibition aux ventes à découvert, les seules qui permettent au vendeur d'affronter des risques illimités.

La loi du 28 vendémiaire an IV semble être revenue purement et simplement à l'ancienne interdiction absolue : car dans l'article 4 de son chapitre 2 sur la négociation des lettres de change, elle dit : « Attendu que les marchés à terme ou à prime ont « déjà été interdits par de précédentes lois, tous ceux ,

« contractés antérieurement au présent décret, sont
« annulés, et il est défendu d'y donner aucune suite. »
Ne faisant aucune distinction, cette loi vise, pour
les anéantir, les marchés précédemment autorisés,
sous la condition qu'ils fussent conclus, titres en mains.

Aucune disposition expresse n'intervint plus, jusqu'à la loi du 28 mars 1885, née elle aussi de troubles financiers, après la crise de 1882. L'article 1^{er}, mettant fin à toute discussion sur le principe, proclame la validité des opérations à terme ; la seule question, qui demeurerait encore susceptible de controverse, et qui a été signalée déjà, était celle du jeu et de ses preuves.

Examinons donc ce contrat que concluent, sinon les spéculateurs entre eux, du moins les intermédiaires, agissant en leur propre nom pour le compte de leurs mandants. Personne n'ignore les éventualités qu'envisagent, chacun de son côté, le vendeur et l'acheteur de titres, au moment où ils s'engagent. Du fait que les clauses, le prix et le terme, ont été arrêtées, l'acheteur spéculé à la hausse, et le vendeur à la baisse : le premier espère que le titre aura acquis une valeur plus considérable à l'échéance, et qu'il bénéficiera de l'écart qu'elle accuse avec le prix d'achat. Le second a des intérêts inverses ; il ne spéculé pas, il est vrai, si, lors de la vente, les titres lui appartenaient déjà : il s'est soustrait seulement à tout risque de perte, il a renoncé à toute chance de gain.

Il peut cependant avoir avantage à traiter sur le marché à terme, dont les cotes, déterminées par des échanges beaucoup plus considérables que ceux dont le marché au comptant est le théâtre, ne sont pas influencées aussi puissamment par la vente d'un certain nombre de titres. Pour spéculer à la baisse, il faut que le vendeur s'engage à découvert : en promettant une chose qu'il n'a pas encore, il se propose de l'acquérir avant l'échéance, de manière à faire face à son obligation de livrer. Il espère qu'il lui sera possible de l'acheter à un moindre prix. Ces notions sont trop répandues pour qu'il y faille insister.

Le ministère des intermédiaires impose certaines conditions aux spéculateurs. L'exécution qui a lieu dans une Bourse, doit être conforme aux usages qui la régissent.

On ne peut opérer que sur des quotités fixes et sur leurs multiples. Ces quotités ont été déterminées par plusieurs décisions de la Chambre syndicale des agents de change de Paris, pour toute négociation effectuée par l'entremise de ses membres. Ainsi la rente française 3 % ne se négocie à terme que par coupures (ou unités) de 1.500 francs de rente et les multiples, 3.000, 4.500, etc. Les rentes étrangères sont soumises à une fixation qui varie suivant leur taux ; la quotité est de 1.500 francs pour le 3 %, de 2.000 pour le 4 %, de 2.500 pour le 5 %. Les actions et les obligations

ne peuvent être négociées à terme par moins de 25 litres à la fois.

La coulisse ne s'est jamais écartée de ces bases pour le 3 % français, qui se négocie sur son marché comme au parquet. Quant aux opérations sur valeurs non cotées, qui se font sur le marché en banque, la chambre syndicale des banquiers en valeurs à terme fixe les quantités négociables.

Les parties doivent nécessairement prendre pour terme de paiement et de livraison l'époque des liquidations. Sur le marché officiel, elles ont lieu une fois par mois pour les titres les plus importants : fonds d'État français et actions de la Banque de France, du Crédit foncier de France et des chemins de fer français, deux fois pour toute autre valeur. Sur le marché libre, il n'y a qu'une liquidation par mois.

Le règlement particulier des agents de change de Paris, homologué par le ministre des Finances, contient des dispositions précises au sujet du terme, que les parties sont autorisées à stipuler :

Art. 48. — Les négociations à terme ferme ne peuvent avoir lieu pour un terme plus éloigné que la deuxième liquidation, à partir du jour où le marché est conclu.

Art. 49. — Les négociations à prime peuvent se traiter pour la quinzaine ou la fin de chaque mois, sans pouvoir dépasser en principe le terme de la

troisième liquidation à partir du jour où le marché est conclu, en ce qui concerne les valeurs soumises à la liquidation de quinzaine, et de la deuxième liquidation à partir du jour où le marché est conclu, en ce qui concerne les valeurs soumises à la liquidation mensuelle. La chambre syndicale peut toutefois, selon les besoins du marché, modifier les modalités des primes, et en étendre les échéances dans les limites qu'elle jugera nécessaires.

Le règlement des banquiers en valeurs à terme ne reproduit pas ces dispositions : sur le marché libre, le terme peut franchir une ou plusieurs liquidations (article 20).

Le Syndicat des banquiers coulissiers est libre du reste d'édicter ses règles propres. De même que la chambre syndicale des agents de change est libre d'admettre une valeur à la cote officielle et d'en refuser l'accès, celle des banquiers décide que telle ou telle valeur non cotée sera négociable sur son marché.

Telles sont les dispositions générales, auxquelles un spéculateur doit se soumettre, s'il veut trouver un intermédiaire qui consente à agir pour son compte. Jusqu'à présent, nous avons envisagé un marché à terme pur et simple, affecté seulement de ses modalités essentielles. Ces quelques pages suffiraient au but que nous nous proposons : faire connaître succinctement l'objet, à la réalisation duquel l'intermédiaire apportera son concours. Si l'on se borne à con-

sidérer les règles, par lesquelles sont régis les rapports juridiques des diverses personnes, qui prennent part à une opération à terme, il n'importe pas d'embrasser les nombreuses combinaisons, dont les ordres sont susceptibles. L'ordre transmis fait naître à la charge du mandataire et de son client des obligations générales déterminées.

Ces combinaisons, qui permettent au spéculateur de tirer habilement parti des fluctuations de la cote, naissent de la division des marchés à terme en marchés fermes et en marchés à prime, correspondant à deux catégories distinctes des contrats : les premiers commutatifs, les seconds aléatoires.

Les marchés fermes sont définitifs, et les parties qui les ont conclus sont impuissantes à se soustraire désormais à l'exécution de leurs engagements. Les marchés à prime, au contraire, comportent une faculté de dédit qui, absolument parlant, pourrait être accordée au vendeur aussi bien qu'à l'acheteur, mais qui, en France, n'appartient jamais qu'à ce dernier (1).

1. (Trib. com. Seine, 15 mars 1905; *Droit fin.* 1905. 345.) Une combinaison très simple, la vente à terme ferme, accompagnée d'un rachat à prime, équivaut à une vente à prime, avec faculté de dédit pour le vendeur. Vendant à 99 et rachetant à prime à 100 dont 1 par exemple : le risque en hausse est limité au montant de la prime, puisque, si les deux marchés s'exécutent, le vendeur perd la différence des deux prix. En baisse la chance de gain demeure illimitée ; elle est diminuée du montant de la prime, abandonnée pour l'achat. Mais il y a toujours lieu à la perception de deux droits de courtage et de deux taxes.

Moyennant une indemnité appelée prime, variable d'après les convention, il se soustrait, s'il y a intérêt, à l'obligation de payer et de prendre livraison à l'échéance. Son risque est ainsi limité au montant de la prime. Comme de juste, cet avantage se paie. Le vendeur en échange, au lieu de conclure l'opération au cours, qui aurait été adopté pour un engagement ferme, majore son prix. Plus la prime est faible et plus le risque de l'acheteur est mince, si les cours subissent une baisse. Plus au contraire le danger couru par le vendeur sera considérable ; pour s'en dédommager, il élèvera d'autant plus son prix. La différence entre le cours du ferme au moment de l'opération et le cours auquel se contracte l'engagement résiliable, s'appelle l'écart des primes.

A l'échéance et selon l'usage, la veille de la liquidation, l'acheteur fait connaître sa décision. S'il résilie son marché, il abandonne la prime ; s'il le maintient, on dit qu'il lève, et dans ce cas, le marché se transforme en un engagement ferme, soumis dorénavant aux règles communes.

Mais il faut se placer au moment du contrat lui-même pour savoir quel caractère lui attribuer. On a défini le contrat aléatoire par les termes suivants : un contrat est tel, quand la prestation due par l'une des parties dépend d'un événement incertain, qui rend l'évaluation impossible, jusqu'au moment de sa réalisation. Cette formule corrigeait la définition peu

claire, que le Code civil donne dans son article 1104, pour tomber dans un autre défaut. C'est d'être si étroite, qu'elle ne s'applique qu'à une classe restreinte des conventions qu'elle prétend embrasser : celle des assurances et des rentes viagères. Elle laisse de côté par exemple le jeu et le pari, dont il n'a jamais été contesté qu'ils fussent des contrats aléatoires : or l'enjeu est bien fixé à l'avance et l'événement seul est incertain. Simplifiant donc cette définition, on peut dire que le contrat aléatoire est celui, dans lequel il dépend d'un événement incertain que la prestation soit ou non due.

Le marché à prime en réunit les principaux caractères. La convention sans doute est conclue sous une alternative, et il semble qu'il dépende de la volonté seule de l'acheteur de prendre l'un ou l'autre parti. Mais il ne faut pas tenir pour plus importante qu'elle n'est, la faculté qu'il a de faire prévaloir son choix. En fait, s'il ne veut agir contre son intérêt évident, il n'a qu'à se conformer servilement à l'état de la Bourse au jour de la réponse des primes. C'est si vrai que les usages admettent de sa part un consentement tacite à la décision prise par l'intermédiaire, s'il ne s'est prononcé lui-même en temps opportun. Au-dessus d'un certain prix qu'on appelle la limite d'une prime, et qui est le prix convenu avec le vendeur, déduction faite du montant de la prime, l'acheteur lèvera, et au-dessous il abandonnera. C'est donc bien

d'un événement incertain, étranger à la volonté des contractants, que dépend la solution de leur engagement.

Si le risque n'est pas le même pour les deux parties, si pour l'une il est illimité, tandis que l'autre le voit restreint au montant de la prime, il n'en est pas moins vrai que toutes deux ont une chance à courir. Celle de l'acheteur en cas de baisse des titres et de perte, celle du vendeur en cas de gain, varient ensemble dans les limites de la prime. Leurs intérêts sont dans un rapport constant, quoique inverse ; et par suite le marché à prime manifeste bien le second caractère des contrats aléatoires, qui est de se trouver tel pour les deux parties contractantes.

Ceci du reste n'offrirait qu'un intérêt purement théorique, s'il ne s'agissait de savoir quel caractère attribuer à la prime convenue. Or, comme dans tout contrat aléatoire, qu'il s'agisse d'un jeu, d'une assurance ou d'une rente viagère, la prime est le prix du risque couru par le vendeur, qui, moyennant la perception à terme d'une somme proportionnelle à la valeur négociée, consent à assurer en quelque sorte l'acheteur contre la dépréciation éventuelle du titre. Il convient de remarquer que de toute manière la prime est perçue, soit isolément, soit avec le prix principal avec lequel elle fait corps.

Les conséquences de ce système se révèlent surtout en matière de contrat direct : c'est pourquoi

nous n'avons pas à mieux faire que de les indiquer en un mot. On a soutenu, contrairement à ce qui précède, que la prime constituait une commission du croire ; la perception de cette commission s'opposerait absolument à ce que l'intermédiaire contractât directement avec son commettant, même du plein gré de celui-ci. Ayant garanti l'opération, il aurait toujours à l'exécuter sur le marché, sans pouvoir se porter contre-partie. Il semble qu'il y ait ici une confusion et que l'on s'engage dans un cercle vicieux. La prime n'est pas due à l'intermédiaire, mais au vendeur. Et si l'intermédiaire se porte contre-partie, c'est à ce dernier titre qu'il la perçoit, et non plus à celui de commissionnaire ; la prime ne peut donc en aucune façon être considérée comme une commission. Et le marché à prime n'est pas par sa nature inapte à une négociation directe, si les parties s'entendent à ce sujet.

De ce que ce contrat est aléatoire, il ne faudrait pas du reste en conclure qu'il est un jeu, à un autre titre qu'un engagement ferme. C'est l'intention des parties qui constitue le jeu, l'accord intervenu préalablement entre elles, de ne pas procéder à la livraison des titres. La confusion serait possible, parce que le jeu rentre au premier chef dans la catégorie des contrats, qui comportent une incertitude : on se persuaderait volontiers qu'il en est le type. Mais il y a là deux idées différentes, et rien ne permet de pré-

sumer que l'adjonction d'une prime traduise une intention formelle de ne jamais aboutir à une livraison des titres. C'est à un contrat d'assurance que le marché à prime pourrait le plus exactement s'assimiler. Et c'est pourquoi ni la loi ni la jurisprudence n'ont tenté de le prohiber (Cour de Bordeaux, 3 juillet 1903) (1). Les intermédiaires sont donc tenus d'exécuter les ordres de ce genre, comme des ordres fermes.

Les opérations à prime ont donné naissance, soit entre elles, soit appuyées par des opérations fermes, à des séries de combinaisons indéfinies, qui forment une grande part de la science de l'homme de bourse, et par lesquelles il peut le plus utilement mettre en œuvre son expérience, ses conceptions et ses prévisions. L'expérience permet seule du reste de les connaître, et nous n'en pourrions faire qu'une nomenclature servile. Aussi renvoyons-nous aux ouvrages spéciaux et pratiques, qui permettent de s'initier à leur mécanisme, et de comprendre toutes les ressources que l'ingéniosité des spéculateurs a su créer, pour tirer parti des variations de la cote, en limitant constamment les risques courus : c'est par des opérations liées ou successives que l'on est arrivé à permettre au donneur d'ordre la réalisation de toutes les manœuvres, dont il lui plaît de tenter l'efficacité. Les

1. *Pand.*, 06.2.316 et note.

opérations au comptant viennent, elles aussi, perfectionner ce système complexe d'engagements, qui se croisent, en tendant à s'équilibrer l'un par l'autre. De ces combinaisons, les unes sont à la hausse, d'autres à la baisse. Il faut des exemples et des chiffres, pour distinguer à quoi l'on aboutit par un achat à terme ferme, suivi d'une revente ferme ou à prime, par une vente ferme suivie d'un rachat à prime, pour voir ce qu'est une opération à cheval, ou une opération de primes contre primes, achetant la plus faible en vendant la plus forte ou réciproquement. Le dernier terme de cette science est ce que l'on appelle faire une échelle, en modifiant une position prise au début d'une liquidation, pendant toute sa durée, en se réglant sans cesse sur les variations que subissent les cours. La rente française est la valeur qui, par ses fluctuations légères, se prête le mieux à ces spéculations.

Au demeurant, quelle que soit la multiplicité des opérations qui s'entrecroisent dans le compte d'un spéculateur, leur combinaison ne modifie en rien le caractère initial de chacune. C'est toujours sur l'une d'elles que porte l'ordre donné, toujours de même qu'évolue son exécution, toujours les mêmes effets juridiques qu'il produit. Au point de vue du droit, il suffisait donc de savoir ce qu'est en elle-même une opération à terme.

CHAPITRE II

Du mandat.

La transmission d'un ordre est susceptible de plusieurs degrés. Il peut être donné directement à un agent de change ou à un banquier-coulissier, de manière que ceux-ci l'exécutent eux-mêmes, le premier sur le marché officiel, le second sur le marché libre : s'il s'agit de valeurs non cotées au parquet, l'agent de change est libre d'en confier la négociation à un coulissier ; s'il s'agit de valeurs cotées, le coulissier qui reçoit l'ordre, doit le transmettre à un agent de change. En outre, l'ordre peut être donné à un simple banquier ou à un remisier, qui chargeront de son exécution l'un des intermédiaires précédents. Lorsque le client d'une maison de banque ou d'un agent de change lui passe un ordre, il conclut un contrat de mandat. Il importe de connaître la nature de ce mandat, s'il est civil ou commercial. Il y a commission ou mandat commercial, quand l'acte à accomplir est un acte de commerce.

Une opération de Bourse, même unique, constitue

soit un acte civil, soit un acte de commerce, si elle se trouve être un achat pour revendre, ou une revente consécutive à un achat négocié dans cette intention. Mais on admet généralement, quant aux modes de preuve, qu'une opération de Bourse, prise en elle-même, est présumée n'être qu'un acte civil. Isolée, elle n'apparaît que comme un simple placement de fonds. Les circonstances seules amènent à faire supposer, de la part de l'acheteur, l'intention de revendre ce qu'il a acheté à terme. C'est donc lorsque les opérations sont nombreuses et consécutives, qu'on est en droit de les considérer *a priori* comme des actes de commerce. La nature même de la spéculation implique, de la part de celui qui s'y livre, l'intention de revendre et de réaliser son bénéfice. C'est à ce point de vue que la doctrine et la jurisprudence par de nombreuses décisions, qui s'échelonnent sur toute la durée du dernier siècle, et non moins sur ces dernières années, s'accordent à reconnaître que, présumées civiles en elles-mêmes, les opérations de Bourse deviennent commerciales, lorsqu'elles sont réitérées (1).

Il y a eu néanmoins des divergences. Il n'y eut

1. Cass., 29 nov. 1899, req., 1899, D. 1900.1.20 ; Trib. civ. Seine, 31 juillet 1900, *Gaz. com.* Lyon, 26 mars 1901 ; Paris, 22 fév. 1901, *Gaz. trib.*, 20 juin 1901 ; Nancy, 30 avril 1901, *Rec. Nancy*, 1901.259 ; Trib. com. Saint-Etienne, 10 mars 1908, *Mon. Lyon*, 15 juin 1908 ; 4 juillet 1905, *Droit fin.*, 1906, 138.

pas unanimité sur la question de savoir si une opération de bourse isolée était un acte civil. Si on le décidait pour les effets publics achetés ou vendus sans esprit de spéculation, on refusait de l'admettre quand il s'agissait d'actions industrielles. Deux arrêts (D. 56.1.343 ; 54.2.258) déclarèrent, l'un, qu'un achat de valeurs industrielles constituait une opération commerciale, alors même qu'il aurait eu lieu à titre de simple placement, l'autre que la souscription d'actions dans une société commerciale constituait de la part d'un commanditaire un acte de commerce. On proclamait évidentes ces solutions, puisque prendre des actions dans une société de commerce c'est devenir membre de cette société.

Il y a là, semble-t-il, une confusion. Si vis-à-vis de la société, l'engagement de l'actionnaire est incontestablement commercial, il n'en est pas de même du rapport qui existe entre l'acheteur et le vendeur de l'action. Une négociation n'est pas un acte de commerce à raison de l'objet sur lequel elle porte, mais des circonstances qui l'accompagnent. Les actes de commerce sont énumérés dans l'article 632 du Code de commerce, qui ne dit rien de pareil à ce que nous refusons d'admettre. La vente d'un titre ne sera donc pas en soi différente de la vente d'une marchandise quelconque, et l'intention d'en tirer un bénéfice lui donnera seule un caractère commercial.

Il faut une idée de spéculation. D'après la juris-

prudence la plus considérable, il semblerait que cette idée ne puisse s'induire que de la multiplicité des opérations effectuées, qui seule ferait présumer l'intention préalable du mandant. Cette condition n'est pas absolue. C'est à l'ensemble des circonstances qu'il faut demander la preuve des véritables intentions du donneur d'ordre. Un jugement a décidé notamment (Trib. com. d'Aix, 13 août 1903) (1) qu'une opération revêt tous les caractères de l'acte de commerce, quand elle est importante, quoique non répétée, et qu'elle a pour but unique la spéculation. Il ne semble pas qu'aucune objection permette de repousser ce système et l'application du droit commun. C'est le même motif qui fait attribuer au jeu de bourse le caractère d'un acte de commerce (2). Un jugement du tribunal de commerce de Nantes (25 juin 1898) admet néanmoins la solution contraire (3).

Il y a commission quand l'acte à accomplir est un acte de commerce. Ici encore des objections ont été soulevées, et un arrêt de cassation (D. 59.1.402) décida que le mandat donné à un agent de change, étant un contrat *sui generis*, était toujours civil. Cette décision visait spécialement l'agent de change, en ce qu'il ne peut faire d'actes de commerce pour

1. *Gaz. com. Lyon*, 26 sept. 1903.

2. Paris, 16 novembre 1897, *Droit fin.*, 1898, 450 ; Trib. com. Seine, 11 janv. 1905 ; *Pand.*, 1905.2.342, et *Journal trib. com.*, 1906, 306.

3. *Recueil Nantes*, 99, 1.182.

son compte. Simple exécutant des ordres, il ne pourrait voir réagir sur lui l'intention de son client, modificatrice de la nature des marchés ; pour lui chaque opération resterait toujours isolée, et le mandat toujours civil. Cette théorie a été abandonnée. Son argumentation ne prévaut pas contre le principe, que le mandat portant sur un acte de commerce est toujours une commission.

Quoique rien ne s'oppose, malgré les termes étroits de l'article 1984 du Code civil, à ce qu'un mandat, dans lequel l'intermédiaire agit en son propre nom, reste civil, il n'en est pas moins vrai que ce mode d'exécution du contrat est généralement réservé à la commission. Mais celle-ci n'est qu'une variété du mandat, et la définition générale doit s'appliquer à elle. Aussi faut-il admettre qu'un mandataire civil peut agir, selon les conventions, soit au nom du mandant, soit en son propre nom. Ainsi s'explique qu'un intermédiaire de Bourse, agissant toujours en son propre nom, alors que la personne du donneur d'ordre est inconnue, soit tantôt un mandataire civil, tantôt un commissionnaire, suivant la nature de l'opération qu'il exécute.

CHAPITRE III

Des intermédiaires.

Les donneurs d'ordre ont adopté de plus en plus l'usage de s'adresser à des banquiers dont ils sont les clients habituels, pour les charger des opérations qu'ils se proposent de réaliser. Cet usage existe surtout en province. La Bourse de Paris est la plus étendue et la plus active. Sur bien des marchés locaux, il ne se négocie pas d'opérations à terme, les seules qui soient susceptibles de promettre aux spéculateurs les bénéfices qu'ils espèrent, et l'éloignement de la capitale rend les rapports plus difficiles entre eux et les intermédiaires autorisés. Le banquier a des services organisés, il a des correspondants attitrés sur la place de Paris ; il rentre dans ses occupations ordinaires de transmettre à ceux-ci les ordres qu'il reçoit.

Un simple banquier doit se contenter en pratique de transmettre l'ordre. Il ne peut en effet ni sur le marché officiel, ni même, quoi qu'on puisse croire, sur le marché libre, exécuter lui-même. S'il s'agit de valeurs cotées, l'entremise de l'agent de change est

obligatoire. Les valeurs non cotées ne sont négociables que sur le marché où elles sont l'objet de négociations ouvertes. Or, si toute personne peut en principe y remplir le rôle d'intermédiaire, en fait ce rôle est uniquement réservé à Paris, aux membres d'un des trois syndicats de la coulisse, dont chacun règne sur son marché : banquiers en rentes, banquiers en valeurs au comptant, banquiers en valeurs à terme. Les banquiers coulissiers ne traitent d'opérations qu'entre eux, et cette convention réciproque qui les lie, crée en leur faveur un monopole qui, s'il n'est pas sanctionné par la loi comme celui des agents de change, n'en existe pas moins rigoureusement : un banquier étranger, qui se présenterait comme négociateur, ne trouverait personne pour accepter son offre ou satisfaire à sa demande. Le banquier, commissionnaire de son client, sous-commissionne donc soit un agent de change, soit un coulissier. Le donneur d'ordre n'ignore pas que son ordre sera soumis à cette double transmission, la connaissance qu'il en a entraîne certains effets.

Il peut encore s'interposer entre le commettant originaire et le dernier intermédiaire, un autre agent de transmission : c'est le remisier. Il a pour fonction de réunir des ordres de Bourse, et de les faire parvenir à l'agent de change ou au coulissier, envers qui il est lié par une convention qu'on appelle contrat de remise.

1° Du banquier.

Selon les règles que nous avons formulées précédemment, suivant que l'opération à terme est un acte civil ou un acte de commerce, le banquier se trouve mandataire civil ou mandataire commercial, commissionnaire. On trouve le critérium du contrat de commission dans la nature commerciale de l'objet sur lequel il porte. Un acte civil, même exécuté par un banquier, ne donne lieu qu'à un mandat civil.

L'intérêt de cette distinction se fait sentir au point de vue de la question de compétence et de celle des preuves, et en général à l'égard de toute règle propre au droit commercial. Il a toujours été admis pourtant que la loi de 1807, limitative du taux de l'intérêt et qui n'a été abrogée en 1886 que pour l'intérêt commercial, était inapplicable au banquier ; celui-ci était donc en droit de stipuler pour ses avances un intérêt supérieur à 5 %. Au reste, le donneur d'ordre est toujours engagé, quant à la rémunération due à l'intermédiaire, par un consentement tacite, en vertu duquel il est censé approuver les courtages, dont le taux lui est soumis. Si même il n'y avait pas entre les parties d'accord préalable au sujet de la commission, une rémunération serait due cependant : la quotité n'en est pas limitée,

et elle demeure étrangère, même en matière civile, à la loi de 1807.

Le banquier, théoriquement, agit de deux manières; la seconde seule est usuelle. Il transmet l'ordre au nom du mandant, ou le transmet en son nom personnel, sans cesser d'agir pour le compte de son client.

Quand il se contente de mettre les parties en rapport l'une avec l'autre, le banquier voit sa tâche accomplie et sa responsabilité dégagée. Il a rempli son mandat qui ne consistait qu'en une simple transmission. Il rend compte de sa gestion, en justifiant que l'ordre est parvenu en temps utile à un intermédiaire capable d'exécuter le marché. Il y a lieu en effet ici à l'application de l'article 1994 du Code civil qui, s'il défend au mandataire de se substituer une autre personne, sinon à ses risques et périls, l'y autorise néanmoins, si la procuration lui a conféré le pouvoir de faire cette substitution. Il ne répond pas alors du fait de son substitué, à moins qu'il n'ait fait choix d'une personne notoirement incapable ou insolvable. Le donneur d'ordre n'aurait pu lui refuser un droit, sans lequel l'exécution serait impossible. Il est censé le lui avoir conféré tacitement, et en connaissance de cause, et ne pourrait exciper d'une ignorance inadmissible d'aussi évidentes nécessités. D'un autre côté, par le seul fait que le banquier a transmis l'ordre à un agent de change, ou à un coulissier,

membre d'un des syndicats du marché libre ou, d'après l'ancienne expression, inscrit à la feuille, il se soustrait à l'imputation d'avoir fait choix d'un mandataire notoirement incapable ou insolvable, selon les termes de l'article 1994.

L'hypothèse qui vient d'être envisagée, celle de la simple représentation du mandant par le mandataire, si elle n'est pas irréalisable, est pourtant contraire à l'usage ordinaire. Il faut, en effet, que l'on se trouve dans l'un des cas où le banquier se voit dégagé de l'obligation au secret professionnel, commune à tous les intermédiaires de bourse, soit que le donneur d'ordre ait consenti à être nommé, soit que la nature de l'opération l'exige. Ce dernier cas se rencontre, lorsqu'il s'agit de titres nominatifs. L'usage des agents de change est de faire précéder toute transmission de titres nominatifs d'une conversion en titres au porteur. Mais cette conversion est impossible pour certaines valeurs, qui ne sont représentées exclusivement que par des titres nominatifs.

Les agents de change ne se liyrent entre eux que des valeurs au porteur, dit l'article 47 du décret du 7 octobre 1890, sauf en ce qui concerne les valeurs qui ne peuvent, d'après la loi ou d'après les statuts de l'établissement émetteur, affecter d'autre forme que la nominative. La négociation n'est alors possible que grâce à un transfert, et l'intervention d'un agent de change est toujours nécessaire pour pro-

céder à cette formalité (Décret du 28 mai 1896).

Rien ne s'oppose donc ici à ce que le banquier se contente d'agir au nom de son mandant. Il le met ainsi, — et cela constitue pour lui le précieux avantage de dégager sa responsabilité, — en rapport avec l'agent de change. Le donneur d'ordre posséderait alors contre celui-ci une action directe dont il se voit privé dans le cas contraire. Le banquier s'effacerait et ne servirait pas, comme il arrive, de protecteur irresponsable pour couvrir les fautes de son propre commissionnaire.

Mais, nous l'avons dit, cette hypothèse d'une simple représentation ne se rencontre que rarement en matière d'opérations de Bourse, et nous ne l'avons citée que pour mémoire. Ajoutons que si rien ne paraît interdire la négociation à terme de titres nominatifs non convertibles, l'individualisation des titres n'aura lieu qu'au moment de la livraison, si celle-ci se produit ; et c'est alors seulement que le transfert deviendra nécessaire. La meilleure preuve en est que les titres nominatifs non convertibles ne sont pas par le fait même des titres cotés, puisqu'il ne dépend pas d'une société, en interdisant la conversion, d'imposer ses titres à la cote du marché officiel ; c'est la chambre syndicale des agents de change qui se prononce sur cette admission. Sauf décision de sa part, ces titres sont donc négociables sur le marché libre, et lors de la conclusion du marché à terme, il n'est pas

nécessaire que le nom du détenteur soit produit. Le transfert n'est indispensable, que pour rendre la mutation de propriété opposable à la société et aux tiers. Un spéculateur peut donc faire une vente à découvert, quitte à s'adresser à un agent de change s'il faut qu'il se rachète pour faire la livraison à son acheteur qui l'exige.

Un arrêt de la Cour de Lyon (19 juin 1900) (1) présente sur la question de la représentation en matière d'opérations de Bourse, une espèce intéressante. Il déclara que des présomptions graves, précises et concordantes, permettaient de décider, en matière commerciale, que des opérations avaient été effectuées pour le compte d'une autre personne que le véritable donneur d'ordre, et que le tiers était tenu solidairement envers l'intermédiaire au paiement restant dû sur les opérations. Qu'en faut-il penser ? Cette décision ne peut évidemment trouver d'application, lorsque l'ordre a été transmis par un banquier, en vertu d'un contrat de commission qui lui impose le secret et l'oblige à agir en son nom personnel. Mais les règles qui régissent le rôle du banquier, doivent-elles souffrir exception, lorsque les ordres ont été donnés par un simple particulier non commissionnaire, qui n'offre pas les garanties qu'une maison de banque présente à l'intermédiaire, de

1. *Gaz. Com. Lyon*, 25 avril 1901.

telle sorte qu'il serait permis à celui-ci d'atteindre le bénéficiaire réel du marché, derrière le spéculateur apparent ? Nous ne le pensons pas. Il s'agit ici d'une convention de prête-nom, d'une interposition de personnes qui n'a en elle-même rien d'illicite. L'intermédiaire a traité avec une personne interposée, mais c'est la solvabilité de cette personne qu'il avait seule à envisager en acceptant l'ordre. La convention intervenue entre le prête-nom et son commettant est pour lui *res inter alios acta*, et le tiers est sans droits pour la critiquer, puisqu'elle ne cache ici en principe, ni nullité, ni acte frauduleux : s'il y avait fraude ou nullité, s'il s'agissait par exemple d'un incapable, alors seulement le commettant du prête-nom pourrait être poursuivi. Encore n'y aurait-il lieu à solidarité que si le prête-nom avait connu le caractère illicite de l'acte (Art. 2002, C. civ.). Sinon, il est mis hors de cause.

En second lieu, — et l'on entre ici dans un ordre de considérations moins théorique, — le banquier agit en son propre nom, pour le compte du donneur d'ordre. Il conclut alors lui-même un contrat principal de mandat ou de commission avec l'intermédiaire chargé d'exécuter. L'on déterminera plus tard, à l'examen des plus importantes questions, qui se présenteront successivement, les rapports qui naissent entre spéculateurs, transmetteurs et négociateurs d'ordres.

2° *Du banquier-coulissier*

Le banquier n'est pas un intermédiaire indispensable. Mais, à moins que le spéculateur ne trouve en dehors de la Bourse une contre-partie qui conclue directement l'opération à terme avec lui, il est obligé, s'il veut opérer sur le marché officiel, de recourir à un agent de change, et sur le marché libre à un banquier-coulissier.

Nous aurions, si nous voulions être complet, à parler de l'office rempli par l'agent de change. Ce travail serait superflu. Les règles qui régissent la corporation de ces officiers ministériels, furent exprimées par le décret du 7 octobre 1890, et les questions qui se rapportent à leur organisation, à leur monopole, ont été fréquemment étudiées.

Au reste, la coulisse s'est soumise à des règlements dont les grandes lignes se rapprochent des dispositions officielles. Ce sont eux que nous exposerons.

Le rôle et les attributions des banquiers-coulissiers sont aujourd'hui parfaitement définis. En 1898, est intervenu ce que l'on a appelé la réorganisation du marché financier; elle a mis fin aux graves conflits qui s'étaient élevés à différentes reprises entre des agents de change et les intermédiaires libres. Cette lutte est exposée de façon attachante dans l'ouvrage de M. Courtois sur les opérations de Bourse et de

change. Ce livre tout entier est une thèse énergique, on pourrait presque dire passionnée, en faveur de la liberté des fonctions d'intermédiaire, pour l'anéantissement du monopole. Cette question est elle-même des plus discutées, sinon au point de vue légal, — l'article 76 est absolu, — du moins au point de vue économique.

Résumons rapidement l'historique de la coulisse, et les traverses qu'il lui fallut subir, avant d'être officiellement reconnue, comme elle l'est aujourd'hui, et limitée dans ses attributions, avant d'aboutir à la réglementation qu'elle s'est imposée elle-même, et qui est à la fois une garantie pour le spéculateur, et un obstacle peut-être à l'activité des transactions.

La liberté du courtage est antérieure au monopole. Une fonction n'est monopolisée qu'après qu'elle s'est créée spontanément par le jeu naturel des rapports sociaux. Si ancienne que fut l'existence des courtiers de change, il est à remarquer qu'en 1720, lors des spéculations engendrées par le système de Law, leurs charges étaient pour la plupart vacantes, et les échanges qui se firent dans la rue Quincampoix, avaient lieu directement de vendeur à acheteur. Il ne se passa pas de longues années, après que l'arrêt du 24 septembre 1724 eut créé le monopole, que des poursuites n'eussent lieu pour en réprimer la violation : il en fut ainsi dès 1727, 1735, 1736. Le privi-

lège fut confirmé en 1781 et 1786, puis entraîné par la Révolution dans la ruine de toutes les institutions corporatives. Les conséquences de cette liberté nouvelle sont diversement interprétées. On cite souvent un rapport de Regnault de Saint-Jean-d'Angély, qui signale en l'an IX l'extrême perturbation des Bourses de commerce. Faut-il adopter son opinion, et croire que ce phénomène était dû aux agioteurs et spéculateurs indignes de toute confiance, qui s'improvisèrent alors intermédiaires, ou bien à la situation économique même de la France, où ne circulaient que des assignats sans valeur ? Pas plus aujourd'hui qu'alors, il n'est possible de discerner la cause vraie des événements, de savoir s'il faut considérer certains troubles financiers, comme la conséquence d'agissements non réprimés et d'un désordre général des marchés, ou leur attribuer une autre origine. Il faut ajouter que la loi du 28 vendémiaire an IV avait rétabli les agents de change dans leurs fonctions ; mais ils étaient loin d'être seuls à remplir le rôle d'intermédiaires.

Dans l'intervalle et avant ce rapport de l'an IX, la même loi de vendémiaire avait du reste, comme on l'a vu, supprimé les marchés à terme. La promulgation du Code de commerce en 1807, fixa le monopole des agents de change et son étendue.

Mais l'article 76 était aussi peu observé que ne l'était l'interdiction, non encore abrogée, de tous les

marchés à terme. Telle fut la situation légale pendant le cours du siècle dernier.

Le marché libre, où dans le principe se négociaient surtout des rentes françaises, ne cessa de s'étendre. Le marché des valeurs s'accrut considérablement, lors de la création des chemins de fer, où la coulisse joua un rôle important et utile. Dès la date de la concession par l'État aux compagnies, elle négocia des actions que la Chambre syndicale des agents de change ne consentit à coter qu'après la constitution définitive des sociétés concessionnaires, c'est-à-dire après un délai dont la moyenne excéda un an. Elle favorisa donc à ces sociétés la souscription d'actions dont une immobilisation prolongée eût peut-être éloigné le public.

La prospérité de la coulisse fut ruinée brusquement par le procès qui fut intenté en 1859 par la Compagnie des agents de change. En exécution de la loi du 28 ventôse an IX, qui établit contre les contrevenants une amende variant du sixième au douzième du cautionnement des agents de change, le tribunal correctionnel de la Seine condamna 26 coulissiers à une peine de 10.500 francs ; à cette date, le cautionnement était de 125.000 francs. La Cour de Paris confirma, et la Cour de cassation, sur un rapport de M. le conseiller Bresson, rejeta le pourvoi. La condamnation visait en particulier les opérations à terme. Il y était dit que l'immixtion constituant une contra-

vention, ne pouvait être excusée à raison de la bonne foi de son auteur, abondamment justifiée par une longue tolérance et la participation même des agents de change.

La coulisse se rétablit, reprit son ancienne activité, et se vit attaquée de nouveau, mais dans des conditions différentes, à partir de 1892. A cette époque, il s'agit d'établir un impôt sur les opérations de bourse, et cette question eut pour conséquence de ranimer celle du privilège ou de la liberté.

La difficulté de l'établissement de l'impôt était en effet de régler son application. Il devait être fixé sur le bordereau. Exiger pour toute opération sur valeur cotée exécutée par un banquier, la production du bordereau d'agent de change, c'était supprimer la coulisse; percevoir un droit sur des opérations irrégulières, c'était leur reconnaître une existence légale. On tourna la difficulté. Le ministre des Finances, M. Tirard, avait déposé un projet, le 14 janvier 1893, dans l'intention de le faire voter avec la loi du budget.

Il prévoyait la production d'un bordereau d'agent de change pour les valeurs cotées, et d'un bordereau semblable, établi par les autres intermédiaires, pour les valeurs non cotées. Mais le Sénat réclama la disjonction des dispositions relatives aux opérations de bourse, et de la loi de finances. Les Chambres s'accordèrent sur un moyen terme, qui fut l'article 29 : « Quiconque fait commerce habituel de recueillir des

« offres et des demandes de valeurs de bourse, doit,
« à toute réquisition des agents de l'enregistrement,
« soit représenter les bordereaux d'agents de change
« ou faire connaître les numéros et dates des bor-
« dereaux ainsi que les noms des agents de change
« de qui ils émanent, soit, faute de ce faire, acquitter
« personnellement le montant des droits. » La cou-
lisse n'était pas anéantie. Le coulissier était seule-
ment responsable personnellement de l'impôt, s'il
ne justifiait d'une exécution régulière. La question
de l'organisation du marché financier était réservée,
et le gouvernement promettait d'en mettre un pro-
jet à l'étude.

En 1898, une plainte, formée par la Compagnie des
agents de change, fit naître et déposer au Sénat une
proposition, qui tendait à la suppression de leur mo-
nopolé. En même temps, était présenté à la Chambre
des députés un amendement à la loi du budget, qui
reproduisait de la même manière le projet formulé
par M. Tirard en 1893. Connue sous le nom de son
auteur, l'amendement Fleury-Ravarin abrogea l'an-
cien article 29 et devint l'article 14 de la loi nouvelle,
ainsi conçu : « Quiconque fait commerce habituel de
« recueillir des offres et des demandes de valeurs
« de bourse, doit à toute réquisition de l'enregistre-
« ment, s'il s'agit de valeurs admises à la cote offi-
« cielle, représenter les bordereaux d'agents de change,
« ou faire connaître les numéros et les dates des bor-

« dereaux, ainsi que les noms des agents de change
« de qui ils émanent, et s'il s'agit de valeurs non
« admises à la cote officielle, acquitter personnel-
« ment le montant des droits. »

Cette fois, la disjonction avait été repoussée. M. Viviani avait déposé un important contre-projet, tendant à la création d'un marché unique, où auraient été admises, sans limitation de nombre, toutes personnes satisfaisant à certaines conditions déterminées : nationalité française, moralité, aptitude professionnelle et solvabilité. Il établissait sur la corporation de ces agents de change une redevance fixe de 6 millions, exigible de leur Chambre syndicale, et soumettait leurs livres à l'examen de la Cour des comptes. Le contre-projet de M. Viviani, longuement défendu par lui, fut repoussé et l'amendement Fleury-Ravarin triompha.

Le 29 juin 1898, trois décrets suivirent, qui ne font autre chose qu'édicter quelques règles d'ordre intérieur pour les agents de change, augmenter leur nombre et fixer la quotité de leurs courtages.

La coulisse se voyait donc définitivement contrainte à limiter son action à la négociation des valeurs non cotées, et soumise à un contrôle sur chaque opération de bourse qu'elle exécutait. Ce fut alors qu'elle adopta l'organisation, qui la régit aujourd'hui. Trois syndicats se constituèrent : le syndicat des banquiers en rente, — car la rente, par des déclarations formel-

les, avait été exceptée du monopole, — le syndicat des banquiers en valeurs au comptant, et celui qui nous intéresse plus spécialement, le syndicat des banquiers en valeurs à terme. Ils imposent des règlements à leurs membres, ils leur demandent des garanties, ils n'acceptent pas qu'ils concluent des marchés avec des étrangers. Les reproches qu'on pouvait adresser à l'ancienne coulisse ont cessé d'être légitimes, mais ce n'est plus l'absolue liberté que certains réclament, en vertu de ces principes généraux d'individualisme économique, — qui, dans un autre domaine, celui du commerce international, se manifestent par la théorie du libre-échange, — ou peut-être d'un intérêt plus immédiat et concret.

Quelle leçon tirer de la tolérance longtemps accordée ? Les partisans de chacun des systèmes fournissent des arguments, qu'interprètent autrement leurs adversaires.

M. Gauthier de Clagny, dans le discours qu'il prononça lors de la loi du 13 avril 1898, releva les plus graves reproches adressés à la coulisse. Au moment de la conversion du 4 1/2 % en 1894, on l'accusa d'avoir provoqué, le jour même où le projet fut déposé, une baisse de 0 fr. 75. Ses défenseurs attribuent cette dépréciation au simple fait de la conversion, qui diminuait le crédit des valeurs atteintes.

Un phénomène plus intéressant est celui qui est connu sous le nom de Krack des mines d'or. En 1894,

la coulisse créait à Paris un marché pour les mines d'or sud-africaines, qui n'étaient jusqu'alors négociées que par le Stock-Exchange de Londres. Trente-deux de ces valeurs, dès 1895, se négociaient à terme en coulisse. L'année suivante, à la suite de l'expédition du Dr Jameson, où l'Angleterre faisait un premier pas dans la conquête du Transvaal, les valeurs minières subirent une baisse considérable. On voulut imputer les pertes qui en résultèrent pour les spéculateurs français, à la coulisse qui les avait introduites sur son marché. L'accusation, si on la considère dans son ensemble, paraît injuste. La dépréciation atteignit pareillement les marchés anglais, où ces valeurs étaient cotées par les brokers, intermédiaires correspondant en Angleterre à nos agents de change.

Un fait semble rester acquis, c'est qu'à l'époque où parlait M. Gauthier de Clagny, la coulisse française était envahie par les banquiers étrangers. Sur 116 maisons, 52 étaient dirigées par des étrangers ou des naturalisés, sur 349 commanditaires, 138 étaient étrangers ou naturalisés, et 211 français. Les maisons, ayant des titulaires étrangers, possédaient un capital de 29.250.000 francs, tandis que celui des maisons françaises n'était que de 23.200.000 francs.

Il n'en est plus ainsi à l'heure actuelle. La première condition pour faire partie d'un des syndicats, est d'être Français. La loi de 1884 ne l'imposait pas.

Elle exigeait seulement que les membres chargés de l'administration et de la direction fussent Français. Il est vrai de dire que les maisons de banque étrangères, inscrites à la feuille, au moment où se constituèrent les associations syndicales de la coulisse parisienne, n'en furent pas exclues.

D'après les statuts du Syndicat des banquiers en valeurs à terme, il faut pour y être admis trois conditions : 1° faire profession de traiter des opérations de Bourse pour son compte ou pour autrui ; 2° être Français ; 3° justifier d'un capital personnel et social de 300.000 francs. Chaque maison admise doit verser un droit d'entrée sur le marché, fixé par la Chambre syndicale, et dont le minimum est de 1.000 francs.

Le Syndicat impose à ses membres un règlement. Nous en résumons ici les dispositions générales et d'ordre intérieur, réservant celles qui ont trait à l'exécution des opérations à terme, à leur liquidation, à leur règlement.

On sait que les syndicats ont à déposer leurs statuts, s'ils veulent être doués de la personnalité civile. La loi du 1^{er} juillet 1901 déclare qu'une association possède de plein droit la personnalité civile, et qu'elle peut avoir un patrimoine collectif, quand elle a été rendue publique, conformément à l'article 5.

La chambre syndicale élue pour un an est représentée par son président. Elle donne son avis sur toutes contestations qui s'élèvent, soit entre ses

membres, soit entre ceux-ci et des tiers. Elle administre les fonds. Elle admet les valeurs sur son marché, surveille la régularité des cours, et publie la cote du syndicat des banquiers en valeurs, où figurent le plus bas, le plus haut et le dernier cours enregistrés sur chaque marché et pour tout titre : cette cote ne contient que des valeurs non cotées sur le marché officiel, qu'elles soient au porteur ou nominatives ; s'il s'agit de titres nominatifs étrangers, il faut qu'ils aient à Paris un bureau de transfert.

Les opérations se font à terme, elles sont directes et personnelles entre les coulissiers, de même qu'elles le sont au parquet entre les agents de change, elles ont lieu par quantités fixées par la Chambre syndicale.

L'exécution n'a lieu que pour les valeurs cotées sur le marché libre, et entre les membres du syndicat ; elle est réalisée soit par le banquier, soit par le commis spécial de celui-ci, qu'on appelle teneur de carnet. La Chambre demande chaque mois à ses adhérents un versement en garantie qui ne peut excéder 100.000 francs, et peut se réduire de moitié, pendant les mois où l'activité des affaires se ralentit.

Telle est l'organisation de la coulisse des valeurs : elle comprend à l'heure présente 94 maisons. Son action s'étendit fort depuis 1898, tant parce que le nombre des valeurs non cotées se multiplia considérablement, que par suite de l'entente intervenue en 1901 entre les agents de change et les banquiers

syndiqués, et qui fut appelée le *modus vivendi*. Certaines valeurs cotées au parquet, — ce n'étaient au début que les fonds d'État ottomans et serbes, — furent concédées aux coulissiers. Ceux-ci devaient les négocier par l'intermédiaire des agents de change, mais suivant un contrat général de remise conclu entre les deux corporations rivales, ils prélevaient 80 % des courtages. Les agents de change se réservaient 20 %, pour procéder à l'inscription de l'opération sur leurs livres et à la délivrance du bordereau, qui n'étaient plus entre les intermédiaires, privilégiés et libres, qu'une formalité nécessaire. En outre, il fut convenu que ce régime s'appliquerait à toute valeur passant de la cote libre à la cote officielle, et la remise était fixée à 40 % pour les opérations à terme. Les banquiers-coulissiers sont donc considérés, pour toutes ces valeurs, comme les remisiers des agents de change. Il nous reste à étudier le rôle du remisier.

3° *Du remisier.*

Les diverses fonctions des intermédiaires de bourse ont été l'œuvre de la pratique. La loi n'a fait que sanctionner des institutions que le temps avait nécessitées. Courtiers et agents de change ont vu leurs attributions précisées par des textes, qui ont caché l'évolution insensible, d'où elles sont issues.

Il en est autrement de celles du remisier. Les besoins économiques ont fait naître un contrat qui reste jusqu'à présent indépendant de tout précepte particulier. Aussi n'est-on pas encore absolument fixé sur la nature du rôle que le remisier remplit.

On le définit ainsi : le remisier est toute personne qui, ayant une clientèle de capitalistes et de spéculateurs, se met à leur disposition pour recevoir leurs ordres et les transmettre à des intermédiaires autorisés. Il est lié envers ceux-ci par un contrat selon lequel il lui est accordé une rémunération proportionnelle au courtage. Le remisier exerce une profession commerciale.

Il faut envisager son rôle à un double point de vue, vis-à-vis du donneur d'ordre, et vis-à-vis de l'intermédiaire auprès duquel il est accrédité, agent de change ou coulissier.

A. — A l'égard du donneur d'ordre, le remisier est lié par un mandat commercial : c'est du moins l'hypothèse la plus fréquente. Mais contrairement à ce qui a lieu généralement en matière de commission, il n'agit jamais qu'au nom de son mandant. Ce sont donc les règles ordinaires du mandat, qui doivent s'appliquer. Le mandataire transmet l'ordre. Il n'est responsable que de la faute qu'il pourrait commettre par une inexactitude ou un retard dans la transmission. L'article 1994 ne s'oppose pas à ce que le mandataire se substitue un sous-mandataire : dans

l'espèce, cette intervention est indispensable, et le donneur d'ordre la connaît comme telle. Vis-à-vis de lui, le remisier n'est donc pas responsable de l'exécution par l'intermédiaire en Bourse.

Ce même article 1994 donne au mandant une action directe contre le mandataire substitué ; vis-à-vis de lui, le remisier s'efface donc. En est-il de même à l'égard de l'intermédiaire ? Le texte ne donne expressément au mandataire substitué, aucune action directe contre le mandant. Il s'agit donc de savoir quels droits il pourra exercer.

Le remisier a le pouvoir d'engager son client envers l'intermédiaire. Il a contre lui une action, que celui-ci exercera par la voie oblique. Mandataire substitué, il ne pourra être poursuivi que dans les limites du mandat, qui lui a été transmis par le remisier. Par contre, il n'obtiendra que l'exécution des engagements, qui ont été pris par le remisier au nom du donneur d'ordre.

Ces considérations gardent leur valeur si l'on accorde à l'intermédiaire une action directe contre le donneur d'ordre. Il serait légitime de le faire : le spéculateur qui consent tacitement à une substitution nécessaire, est censé reconnaître en même temps au sous-mandataire un droit, que la loi lui accorde à lui-même. L'intermédiaire se trouve ainsi soustrait aux exceptions, qui naîtraient entre le remisier et le donneur d'ordre, et permettraient à ce dernier de

repousser l'action oblique. Mais l'action directe n'en aura pas moins pour limites celles du mandat transmis. Elle ne peut sanctionner un ordre que le mandant n'a pas donné, de même que l'action directe de celui-ci n'en peut sanctionner un, dont l'intermédiaire n'a pas eu connaissance.

Si maintenant nous admettons que le remisier ait commis une faute, qu'il ait transmis inexactement ou tardivement, le donneur d'ordre sera-t-il néanmoins engagé vis-à-vis de l'intermédiaire, sauf à lui à se retourner contre le remisier, pour lui demander réparation du préjudice causé par sa faute ? Cette question doit, nous semble-t-il, se résoudre par une distinction, selon que le mandat donné est général ou spécial.

Le mandat peut être général : un client s'en étant remis du soin de ses intérêts au remisier, et lui ayant concédé le droit de donner des ordres en son nom. Il se pourrait alors que l'intermédiaire eût exécuté l'ordre sur le vu d'une procuration générale, et rien ne permettrait au donneur d'ordre de se soustraire aux engagements ainsi pris. Une faute commise par le remisier dans sa gestion le rendrait seul passible d'un recours intenté par son mandant, et ne justifierait pas l'exception que celui-ci prétendrait opposer.

Si au contraire, et c'est le cas le plus fréquent, le mandat est spécial, nous pensons que la solution doit être différente. La faute commise par le remisier

anéantit l'ordre. Un ordre d'achat à terme pur et simple n'est pas un ordre d'achat à prime, l'ordre qui n'est pas exécuté le jour même, est caduc. Il n'appartient pas au remisier d'engager son client dans des opérations, que celui-ci n'a jamais ordonnées. Il ne suffit pas qu'un intermédiaire ait déjà reçu des ordres d'une personne par l'entremise d'un remisier, pour qu'il y ait présomption que le remisier agit au nom du client. Au reste, c'est bien plus dans l'intérêt et, en fait, comme représentant de l'intermédiaire que le remisier rassemble des ordres, que pour être utile au spéculateur ; c'est donc moins à ce dernier à supporter les conséquences de son insolvabilité, qu'à l'agent de change, au coulissier qui l'accrédite et le fait participer aux yeux du public de son assiette financière. Enfin, si le remisier produit à l'intermédiaire un ordre écrit, celui-ci ne pourra se tromper sur la faute commise et n'aura pas à exécuter : s'il le fait, ce ne sera pas au nom du spéculateur.

Nous avons raisonné, jusqu'à présent, en supposant que l'intermédiaire n'avait contre le spéculateur d'autres droits que ceux du remisier. Mais dans la pratique, il n'en est pas ainsi. Lorsqu'un agent de change ou un coulissier reçoit l'ordre, il en avise le mandant. La réception de la lettre d'avis sans protestation ni réserve, établit un nouveau lien juridique entre ces deux parties. C'est en vertu de sa ratification que l'intermédiaire possède alors une action

directe contre le donneur d'ordre. Leurs rapports sont ceux qui existeraient, si jamais remisier ne s'était interposé entre eux.

Il est possible maintenant de distinguer quelles sont les limites de la responsabilité du remisier. La ratification donnée par le mandant au sous-mandataire est indépendante de lui (1). Ce n'est pas une confirmation ; un ordre nouveau, différent de celui que le remisier avait été chargé de transmettre, établit une commission directe entre le spéculateur et le négociateur du marché. Le remisier reste par conséquent responsable du préjudice qu'il a causé par sa faute à son client, tant qu'il n'a pas reçu personnellement décharge de son mandat : un règlement définitif mettant fin à toute contestation possible entre le donneur d'ordre et l'intermédiaire, au sujet de l'exécution, lui reste étranger.

Telles ne sont pas les solutions qu'a formulées le tribunal de commerce de la Seine, dans un jugement du 18 mars 1905. Il admet comme nous que le règlement définitif d'un compte d'agent de change par le donneur d'ordre, ne vaut pas de sa part la ratification des fautes du remisier et l'abandon de tout recours possible. Mais il semble qu'il suffise à son avis qu'un agent de change connaisse un remisier comme mandataire habituel d'un spéculateur, pour que celui-ci

1. Trib. Com. Seine, 18 mars 1905 ; *Droit fin.* 1906, 225.

soit tenu envers lui d'exécuter les engagements pris. Nous ne l'accordons que sous les réserves qui précèdent.

Le mandat est susceptible de révocation. Elle devrait intervenir avant que l'exécution n'ait été effectuée, et la rapidité avec laquelle se font les opérations, rend cette hypothèse exceptionnelle. Elle se présente néanmoins pour les ordres à révocation : leur nom même l'indique. Ceux-ci sont valables pour une durée déterminée, tant que les conditions stipulées ne se sont pas offertes sur le marché. Si le donneur d'ordre révoque le mandat donné au remisier, il devra, pour que cette révocation soit opposable à l'intermédiaire, la lui notifier (1). Sinon, il essaierait en vain de se soustraire aux engagements pris en son nom, et il ne lui resterait, aux termes de l'article 2003 du Code civil, qu'un recours contre son mandataire.

B. — Il faut envisager maintenant l'autre face de la question, celle des rapports qui existent entre le remisier et l'intermédiaire, en vertu du contrat de remise intervenu entre eux. Le remisier, commissionnaire de son client, joue également le rôle de commissionnaire vis-à-vis de la banque, auprès de laquelle il est accrédité : il réunit des ordres pour elle. Il n'est ni son employé, ni son représentant (2).

1. Trib. com. Lyon, 18 mai 1903 ; *Gaz. Com. Lyon*, 15 octobre 1903.

2. Lyon, 23 janv. 1906, *Mon. Lyon*, 13 mars 1906 ; Grenoble, 16 fév. 1906, *Rec. Grenoble*, 1906, 141.

A la rigueur, il faudrait admettre qu'il n'est pas chargé de percevoir directement le prix du marché, des mains du client qui traite par son entremise (Grenoble, 16 fév. 1906). Néanmoins, ses bons offices faciliteront généralement les rapports de l'intermédiaire et du spéculateur, et rien n'empêche que le prix, comme la couverture, passent par ses mains. Le remisier doit renseigner du reste l'intermédiaire sur la solvabilité des clients qu'il lui amène (1). De plus, il suit le cours des valeurs, discute leurs chances, et conseille ses clients sur les positions à prendre.

Quels sont les éléments d'un contrat de remise ? L'accord des parties sur la rémunération cédée au remisier, qui est une part proportionnelle du courtage perçu par le coulissier ou l'agent de change : cette part est ordinairement de 30 % pour les opérations à terme, et de 15 % pour les reports ;

la clause d'après laquelle le remisier ne touche le prix de ses services, qu'après la libération entière de son client vis-à-vis de l'intermédiaire ;

la promesse du remisier de garantir, en proportion de son bénéfice, le paiement du prix par le spéculateur. Son risque oscille dans les limites de son salaire.

Le contrat de remise peut donc être défini, celui par lequel une personne, en promettant à une autre de lui procurer des ordres de bourse, stipule une

1. Lyon, 7 juillet 1904, *Gaz. Com. Lyon*, 6 déc. 1904 ; et 5 janv. 1903 *Gaz. Com. Lyon*, 18 juin 1909.

rémunération proportionnelle au courtage, et s'engage à garantir la dette éventuelle du donneur d'ordre jusqu'à concurrence et sur le montant de cette rémunération.

La nature du contrat de remise est encore sujette à controverse. La jurisprudence est divisée. Si elle a rejeté l'hypothèse d'un louage de services, qui aurait fait du remisier un employé, si elle le considère comme un commissionnaire ducroire, elle n'est pas unanime au sujet des effets qu'il faut tirer de cette qualité. Il est encore une autre opinion qui tend à faire de la remise un contrat *sui generis*, et à lui refuser le caractère d'une commission ducroire.

Le commissionnaire ducroire est garant de l'opération exécutée par lui. Mais à quel titre? Tantôt la jurisprudence l'envisage comme une caution et lui accorde le bénéfice de discussion : le remisier pourrait exiger que l'insolvabilité du débiteur fût établie (Trib. com. Seine ; *la Loi*, 29 mai 1906). Tantôt elle lui refuse le caractère de caution : s'il en est ainsi, le remisier ne peut se prévaloir de l'article 2021 du Code civil, qui permet la discussion, il ne peut davantage se considérer comme libéré, s'il y a novation de l'obligation. Une dation en paiement ou un règlement en billets, acceptés par l'intermédiaire, ne décharge le remisier, que si nulle éviction ne se produit sur l'objet du paiement, ou si, les billets étant payés, le spéculateur se trouve libéré lui-même de toute sa dette : c'est la

conséquence logique de la clause par laquelle le remisier consent à n'avoir droit à sa remise, qu'après que son mandant a fait honneur à ses engagements.

En refusant au remisier la qualité de caution, la jurisprudence (Trib. com. Seine, 19 mars 1904 ; D. 1905.2.441) en fait un assureur. La doctrine a une tendance à rapprocher en général la commission ducroire d'une assurance, et si elle ne se décide pas à la considérer absolument comme telle, c'est qu'une assurance suppose de nombreuses opérations du même ordre, tandis que la convention ducroire est accidentelle d'ordinaire (Lyon-Caen et Renault). Il n'en est pas ainsi dans le cas du remisier : toutes les opérations exécutées en vertu d'ordres transmis par lui, sont garanties dans la mesure déterminée.

Aussi une théorie adverse refuse-t-elle de voir dans le contrat de remise une commission ducroire, de lui reconnaître plutôt le caractère d'une assurance que celui même d'un cautionnement. Elle fait de lui un contrat *sui generis*, propre à la Bourse des valeurs.

C'est qu'en effet les objections sont sérieuses. Il y a lieu de remarquer d'abord que le contrat de remise est un contrat principal, antérieur aux opérations sur lesquelles il porte, tandis que la commission ducroire n'est habituellement qu'une convention accessoire, contemporaine du mandat donné, et spécialement affectée à lui. Il n'y a pas dans une com-

mission du croire, de rapport préalablement établi entre la prime qui reste fixe, et le risque qui n'est limité que par l'importance de la négociation elle-même : il en est autrement dans le contrat de remise, où la garantie égale la prime, et ne porte que sur son montant.

Par ailleurs, dans un contrat d'assurance, la prime est directement et toujours due par l'assuré, elle ne résulte pas de la libération éventuelle d'un tiers ; en d'autres termes, son paiement ne dépend pas du fait que le risque de perte ne s'est pas ou s'est présenté. Dans le contrat de remise, il ne semble pas exact de dire qu'il s'agit d'une prime, alors que cette remise constitue toute la garantie ; que penser d'une prime qui n'est pas payée par le garanti, quand le risque s'est réalisé, et à laquelle son assurance est bornée ? Sans doute le contrat de remise est aléatoire, puisque la libération du spéculateur, qui constitue l'aléa, est un événement indépendant de la volonté des parties. Mais il ne réalise pas le caractère principal de l'assurance, qui réside dans l'absence de rapport préalable entre la moyenne des risques, fixée par la prime, et le risque possible que garantit l'assureur.

Dans l'usage, le compte du remisier est crédité à chaque liquidation du montant des remises, qui est mis à sa disposition à chaque trimestre ou semestre. Tant que le compte du client est débiteur, les

remises sont immobilisées : le remisier est débité d'une part égale au débit du client, jusqu'à concurrence de ses remises. Les deux écritures se balancent ; il se voit privé de son bénéfice personnel. Aussi longtemps qu'il n'a pas touché ses parts de courtage, il est débité de sommes, qui viennent en défalcation de son crédit. S'il les a touchées, il doit les restituer, et devient à leur sujet un débiteur ordinaire, tenu comme tel sur tous ses biens. L'arrêté de compte de son client, suivi d'un règlement définitif, peut seul liquider la situation du remisier.

En somme, le contrat de remise n'est pas une commission ducroire. L'opération engagée n'est garantie ni par une caution, ni par une assurance. Ajoutons, indépendamment de toute considération juridique, que cette assurance couvrirait le risque dans une proportion si faible, qu'il est impossible d'admettre, que l'intermédiaire ait pu l'envisager comme telle. Qu'on voie bien plutôt dans cette part de responsabilité, une sanction mise par lui à la négligence de son commissionnaire.

Le contrat de remise est un contrat aléatoire, puisque la prestation due par l'une ou l'autre des parties n'est pas, dès l'origine, certaine ; c'est un contrat où les obligations, contractées par l'intermédiaire envers le remisier, sont conditionnelles.

Ce dernier peut faire du reste des opérations personnelles. Il peut stipuler que le montant des remi-

ses portées à son crédit, constitue la couverture de ses propres marchés. Si ses remises sont absorbées par le débit du compte qu'il a comme spéculateur, il devient débiteur ordinaire de la part qu'il doit prendre à la perte de son client. Et de même, la couverture versée en garantie de ses opérations personnelles, pourra, s'il avait touché ses remises, être affectée au paiement de cette part : il est débiteur au même titre de son solde particulier et de sa dette contributive.

Il ne reste plus, pour compléter l'étude des intermédiaires, banquier, banquier-coulissier, remisier, qu'à définir une obligation qui leur est commune à tous, quoiqu'elle ait été particulièrement édictée à l'égard des agents de change, par l'article 19 de l'arrêté du 27 prairial an X, celle du secret professionnel.

Elle a fait naître, elle aussi, une controverse. La doctrine et la jurisprudence ne se sont pas trouvées d'accord sur la portée qu'il convenait de lui donner.

La jurisprudence a prétendu voir un rapport de cause à effet entre l'obligation de taire le nom du donneur d'ordre, et la nature du mandat dont l'intermédiaire est chargé. C'est l'impossibilité de révéler ce nom, qui le forcerait à agir en son nom personnel, et ferait de lui un commissionnaire. En conséquence, il n'y aurait pour lui commission que s'il n'est pas

déchargé de son obligation : celle-ci peut être levée en effet, soit parce que les parties consentent à être nommées, soit parce que la nature des opérations l'exige. Dans ces deux cas, l'intermédiaire serait un simple mandataire, et le mandant pourrait actionner directement le donneur d'ordre, acheteur ou vendeur, qui forme sa contre-partie. Aussi la jurisprudence est-elle assez disposée à étendre la catégorie des opérations, qui sont de nature à entraîner la suppression du secret, dès que cette suppression semble présenter un intérêt : il en est autrement si l'on n'admet pas de lien de causalité entre ces deux termes, de telle sorte qu'une nécessité absolue et en quelque sorte matérielle, justifie seule une exception. La jurisprudence a fait l'application de son système dans l'espèce de titres volés à l'étranger et non frappés d'opposition en France : l'intermédiaire n'est pas responsable de leur négociation, mais fallait-il l'autoriser à faire connaître le nom du vendeur ? elle l'admit. (Cass., 22 fév. 97 ; S. 97.1.185.)

Il semble difficile d'adopter cette théorie. Le rapport qui fait dériver la nature de la commission du secret professionnel n'est qu'apparent. Il faut remarquer en effet qu'une obligation semblable est inhérente à de nombreuses professions, et le remisier par exemple, qui n'exécute qu'un simple mandat commercial, au nom et pour le compte d'autrui, n'en est pas exempt à l'égard des tiers. Sans doute

le commissionnaire, étant tenu au secret, ne peut agir qu'en son nom. Mais n'agirait-il pas de même, n'y fût-il pas tenu ; et si l'on a interdit toute action d'un donneur d'ordre contre sa contre-partie, n'est-ce par la raison principale qu'en matière de commission, on a voulu simplifier des rapports juridiques susceptibles de complications incessantes ?

On sait que la commission résulte du caractère commercial des opérations exécutées, que le commissionnaire est celui qui fait profession de s'en charger, et qu'il ne tient pas sa fonction d'un acte isolé comme le mandataire. La personnalité du donneur d'ordre s'efface dans le nombre des marchés conclus, et c'est pourquoi, lorsqu'un coulissier fait une opération avec un tiers, celui-ci ne sait si son cocontractant agit pour son compte ou celui d'autrui : remarque inexacte, il est vrai, pour l'agent de change, mais la théorie du secret professionnel doit être établie d'une manière générale, et le devoir qui incombe à tout intermédiaire de l'observer, ne vient pas d'une analogie tirée de l'arrêté du 27 prairial. Voilà, semble-t-il, les vrais motifs pour lesquels le commissionnaire agit en son nom personnel, tandis qu'il n'est que très exceptionnellement le représentant du commettant.

La nature du mandat confié à l'intermédiaire et le secret professionnel sont donc deux notions indépendantes, et par suite l'étendue du secret n'est

pas modifiée par les conditions d'espèce, dans lesquelles le contrat de commission est intervenu ; le fait qu'il y a intérêt à ce que la commission soit transformée en un simple mandat, ne réagit pas sur une obligation générale, pour en décharger celui qui l'assume. Sauf dans les cas où la loi l'a dit expressément, et qu'il faut interpréter de la manière la plus stricte ; c'est-à-dire que la nature des opérations exige l'exemption du secret, s'il s'agit de titres nominatifs non susceptibles de conversion.

C'est là du reste l'opinion des auteurs. M. Crépon faisait prévaloir l'intérêt général du marché, que le secret professionnel conditionne et garantit, à l'intérêt particulier de quelques spéculateurs, peut-être injustement lésés par la rigueur de la loi. On trouvera, dans son ouvrage, un historique complet de la législation en cette matière, depuis l'arrêt du Conseil du 2 avril 1639 : « A cause que ceux qui ont des deniers « à négotier ne veulent être cogneus, non plus que « ceux qui empruntent. » (*De la négociation des effets publics et autres*, n^{os} 253 et suiv.). M. Crépon est partisan du secret absolu et combat l'opinion, d'après laquelle M. Lyon-Caen exceptait la négociation des titres avant leur entière libération, hypothèse qui nous intéresse d'autant moins qu'elle a trait à la question des marchés au comptant.

M. Wahl, qui n'admet pas aussi volontiers la nécessité absolue du secret professionnel, comme garantie

de l'intérêt général, en défend néanmoins le principe contre les attaques dont il est l'objet. Il le fait par des arguments si frappants que nous ne pouvons mieux faire que de reproduire ici les données essentielles de son raisonnement : « Le recours né d'un contrat ne change pas la nature de ce contrat. Ainsi, dans l'espèce où il s'agit de titres frappés d'opposition à l'étranger et négociés en France, le fait que l'acheteur lésé doit, pour obtenir une indemnité, pouvoir exercer un recours contre le vendeur, sa contrepartie, ne modifie pas la nature de la vente, qui, portant sur des titres au porteur, est soumise normalement au secret.

« La seconde raison, c'est qu'il faudrait même aller jusqu'à dire, que si l'existence du droit à un recours modifie la nature du contrat, l'existence d'une action en exécution conduit au même résultat. Car il n'y a aucun motif de distinguer, et l'on se demande alors ce qui resterait de l'obligation au secret.

« La troisième raison, c'est qu'à supposer que la nature de l'opération se modifie en cas de recours, que, comme le demandent les textes, cette nature exige la divulgation du nom des parties, c'est contre l'agent de change, et non contre son client que les recours doivent être dirigés. » Ce dernier argument ne s'applique pas à l'espèce que nous avons citée.

Il reste donc qu'il faut, en l'état actuel des lois, considérer le secret professionnel comme absolu.

M. Wahl, dans la même note (Paris, 13 déc. 1894 ; S. 96.2.121) émettait du reste une théorie diamétralement opposée à celle, que la jurisprudence élaborait trois années plus tard. Bien loin de faire dériver la nature de la commission, de l'obligation au secret imposée à l'intermédiaire, il en faisait une simple conséquence, implicitement contenue dans sa définition même, — le commissionnaire agit en son propre nom, — à laquelle l'intermédiaire eût été astreint, alors même qu'aucun texte ne l'aurait expressément rappelée envers l'agent de change. Dans le lien qui unit l'ordre de bourse et le secret, rien ne permet de distinguer *a priori* quel est le rapport de cause à effet : il faut donc admettre qu'il n'est qu'une condition inhérente à la fonction générale d'intermédiaire. C'est si vrai, — on l'a vu déjà, — qu'elle s'impose au remisesier, sinon dans ses rapports avec l'intermédiaire, où il n'est que le représentant de son client, tout au moins vis-à-vis des tiers, et en particulier de la contre-partie avec qui l'exécution a lieu.

Toute l'argumentation, développée dans les lignes qui précèdent, s'est fait jour à l'occasion de l'agent de change. Elle se justifie également pour les intermédiaires libres. Les raisons qui ont fait établir le secret professionnel s'appliquent à tous ceux qui font profession de transmettre des ordres et de les exécuter. Il est établi en effet au profit du donneur d'ordre, et si même l'usage ne l'imposait, il faudrait pré-

sumer la volonté tacite de celui-ci de voir son commissionnaire s'y conformer. Parmi les raisons mêmes qui portent la jurisprudence à le battre en brèche, l'une et la plus sérieuse peut-être, ne concerne que l'agent de change.

Il a été discuté que l'agent de change fut un commissionnaire, et pour le nier, on s'est basé sur le fait qu'il n'agit jamais pour son propre compte, et par suite, que la contrepartie sait toujours qu'un tiers se dissimule derrière lui. Et s'il est juste que l'agent de change puisse se dégager vis-à-vis de sa contrepartie, s'il est juste que celle-ci puisse obtenir le nom de celui avec lequel elle sait avoir contracté, il n'en pas de même pour le banquier, qui peut agir pour son propre compte, et vis-à-vis duquel le spéculateur contre-partiste doit dans tous les cas, l'ayant tenu pour son cocontractant, conserver son action. Or, si le coulissier a toujours à répondre de ses opérations, il est légitime qu'il obtienne l'avantage corrélatif à cette obligation, et qu'il puisse se prévaloir d'un secret professionnel, qui lui permette de ne pas révéler publiquement l'état intime de ses affaires : le secret professionnel est indispensable à son crédit.

En ce qui concerne le remisier, ces dernières remarques ne s'appliquent pas, il se trouve dans une situation différente des autres intermédiaires, puisqu'il n'est que le représentant de son client. Mais les motifs généraux sont identiques. Comme manda-

taire, il est plus étroitement tenu de ne commettre aucune faute dans l'accomplissement de son mandat. L'on doit supposer que le donneur d'ordre ne l'a autorisé à faire connaître son nom, que dans la mesure où cette divulgation est indispensable, c'est-à-dire à l'intermédiaire seul, de façon à ce qu'il en soit exactement comme s'il avait donné son ordre directement à celui-ci.

Terminons en disant que le secret professionnel, à l'égard de tous les intermédiaires, est muni d'une sanction civile ; sa violation rend le coupable passible de dommages-intérêts. C'est la seule réparation qui puisse être exigée, les banquiers et les coulissiers n'en ont jamais encouru d'autre. Jadis des peines particulières avaient été prononcées par les textes mêmes où l'obligation au secret, imposée aux agents de change, était formulée : elles ont disparu.

CHAPITRE IV

De l'ordre de Bourse.

Quand un capitaliste ou un spéculateur veut charger un intermédiaire d'exécuter pour lui des opérations, il lui passe un ordre. Sa réception entraîne conclusion du contrat de commission. Comme, en ce qui concerne les opérations à terme, le mandat est le plus souvent commercial, tous les modes de preuve sont admis ; aussi n'est-il pas nécessaire que l'ordre soit donné par écrit, si les parties veulent se réserver les moyens d'en justifier. L'usage est constant des ordres donnés verbalement ou par téléphone (1). Les ouvrages pratiques contiennent les formules précises, qu'il est recommandé aux spéculateurs d'employer pour éviter toute erreur d'interprétation ; elles sont surtout utiles à connaître pour les ordres transmis télégraphiquement. L'erreur d'interprétation n'engage pas la responsabilité de l'intermédiaire de bonne foi.

Les ordres à terme déterminent les conditions de

1. Trib. Com. Seine, 8 nov. 1900 ; *La Loi*, 30 janv. 1901.

leur exécution. Au parquet, ils sont donnés : 1° au mieux ; 2° à un cours limité ; 3° au premier cours ; 4° au dernier cours.

L'ordre au mieux est celui par lequel le mandant laisse à l'intermédiaire le soin d'exécuter l'opération au mieux de ses intérêts. L'ordre est exécuté dès sa réception, à la Bourse du jour, mais à n'importe quel prix.

L'ordre à un cours limité contient la désignation du prix. L'acheteur n'a aucune réclamation à faire, si la cote du jour ne porte aucun prix inférieur au prix fixé. Si le cours le plus bas lui est équivalent, il a pu se faire que l'achat, dont l'effet est de produire une hausse, n'ait pas été effectué. Si le cours est descendu au-dessous, c'est la preuve qu'au prix fixé, il y a eu plus d'offres que de demandes. Le raisonnement est inverse, s'il s'agit d'une vente. La même règle s'applique, si l'ordre a été donné au premier ou au dernier cours, qui sont évidemment des cours limités.

Si la coulisse n'exécute qu'au mieux ou à un cours limité, elle accepte pourtant des ordres pour le début, la clôture ou l'après-bourse. Ces mots désignent le premier quart-d'heure et le dernier ; l'après-bourse signifie le moment qui suit la clôture, et pendant lequel les échanges se réalisent sans modification de cote.

En général, un ordre n'est valable que pour la

Bourse du jour où il a été donné. Il en est autrement, lorsqu'il s'agit d'un ordre à révocation, auquel le mandant affecte la durée de validité qu'il lui plaît de convenir avec l'intermédiaire, dans l'intervalle de deux liquidations, et qui demeure par conséquent révocable, tant qu'il n'a pas été exécuté. Si la durée de l'ordre n'a pas été déterminée, il faut se référer aux usages de la place où il a été donné (1). Parfois il est accompagné de la mention par fil, c'est-à-dire que le client de la maison de banque entend qu'il soit transmis télégraphiquement au lieu de l'exécution. Cette mention ne modifie en aucune manière le délai d'usage; elle ne saurait impliquer une manifestation de volonté, par laquelle le donneur d'ordre entendrait le limiter conventionnellement.

Il existe enfin des ordres donnés à appréciation : toute liberté est laissée à l'intermédiaire, pour opérer au moment qu'il juge le plus opportun, ou de ne pas opérer, s'il le croit préférable.

L'ordre doit émaner d'une personne capable. En matière d'opérations de Bourse, la capacité est déterminée par des règles que l'on trouvera exposées dans l'ouvrage de M. Crépon (n°s 137 et suiv. précité) et que résumant les deux propositions suivantes :

Le mineur et la femme mariée ne peuvent engager

1. Montpellier, 26 juillet 1907 ; *Droit fin.*, 1907, 610.

des marchés sur les valeurs, spécialement à terme : en ce qui concerne le mineur, son tuteur même n'a jamais le pouvoir d'agir pour lui, puisqu'il s'agit de spéculations, c'est-à-dire d'actes ayant un caractère commercial. Les ordres donnés par la femme, avec l'autorisation de son mari, sont valables.

Le mineur émancipé et la femme mariée, séparée de biens, que la loi autorise (Art. 481, 1449, et 1536, Code civ.) à employer par des placements en valeurs mobilières, les deniers qu'amène entre leurs mains l'administration de leur fortune, demeurent incapables d'engager des spéculations, contrats aléatoires, qui ne sont pas des actes d'administration.

Le donneur d'ordre doit justifier de sa capacité, et l'intermédiaire engage sa responsabilité, s'il ne s'en assure.

Ajoutons que le mandat est tantôt simple et tantôt complexe. Il doit toujours être exécuté entièrement : si l'ordre complexe porte sur un achat et sur une vente, le banquier ne peut réaliser l'achat et s'abstenir d'effectuer la vente. Il serait responsable, le cas échéant, du préjudice éprouvé par son client. (1)

Justification d'ordre.

Un ordre est contesté. Celui qui prétend se prévaloir de l'existence du contrat, doit l'établir ; c'est à

1. Trib. Com. Seine. 29 mai 1907 ; 9 juillet 1907 ; *La Loi, Droit fin.* 1907, 405.

l'intermédiaire que la charge en incombe, si le donneur d'ordre tente de se soustraire aux suites d'une spéculation malencontreuse, c'est à l'inverse au donneur d'ordre, si l'intermédiaire, ayant commis une faute dans l'exécution, cherche à en éviter les conséquences.

Cette hypothèse est la moins fréquente. Le mandataire a beaucoup moins souvent intérêt à dénier l'existence du contrat, auquel il n'a de part qu'en proportion de la commission qu'il touche, que ne l'est un spéculateur, qui, ayant perdu, recourra volontiers à tous les moyens pour n'avoir pas à s'exécuter.

Une première distinction s'impose. Il s'agit ici de la preuve même du contrat, les règles sont différentes, selon qu'il est civil ou commercial, selon, comme il a été dit précédemment, que les opérations de bourse constitueront ou non des actes de commerce.

I. — S'il s'agit d'un simple mandat, les règles civiles s'appliquent. Comme il n'existe en cette matière aucune disposition particulière, il faut suivre les principes généraux qui dominent la preuve des contrats ; si donc l'ordre porte une opération d'un chiffre supérieur à cent cinquante francs, un écrit est nécessaire ; la preuve testimoniale ou par présomptions ne serait pas admissible (Trib. civ. Seine, 30 novembre 1906 ; *Droit fin.* 1907. 348).

Si la preuve par écrit est nécessaire, certains autres modes en tiennent lieu. L'écrit qui contient un

commencement de preuve, et qui (art. 1347, Code civ.) rend vraisemblable le fait allégué, permet d'admettre la preuve par témoins et la preuve par présomptions, qui complètent la démonstration commencée par l'écrit. De plus, en toute hypothèse, et spécialement quand il y a un commencement de preuve par écrit, le juge est autorisé à décider de la cause, en exigeant un serment supplétif. L'article 324 du Code civil ajoute que le commencement de preuve par écrit résulte :
« des titres de famille, des registres et papiers do-
« mestiques du père et de la mère, des actes publics
« et même privés, émanés d'une partie engagée dans
« la contestation, ou qui y aurait intérêt, si elle était
« vivante ».

L'intermédiaire justifie par la production de l'engagement écrit que la prudence lui commande de réclamer; le donneur d'ordre, au contraire, n'en obtient jamais. Mais d'un autre côté, il trouve une preuve entière dans les livres de l'intermédiaire, tandis que, même en théorie, celui-ci n'en obtiendrait, que si son client était personnellement commerçant, et qu'il fût contraint d'exhiber son livre-journal, sur lequel devrait se trouver inscrit l'ordre qu'il a donné. Comme on l'a dit, le livre-journal est le procès-verbal quotidien et détaillé de tous les actes de la vie du commerçant, qui influent sur sa fortune. Encore est-il peu probable que le spéculateur y confonde des opérations peu faites pour favoriser son crédit. L'in-

termédiaire, s'il n'a pris la précaution d'exiger un ordre écrit, se trouve donc désarmé.

Le donneur d'ordre est plus heureux. Son mandataire est obligé, en vertu de l'article 84 du Code de commerce, de tenir un répertoire des ordres reçus :
« Les agents de change et courtiers sont tenus d'avoir
« un livre revêtu des formes prescrites par l'arti-
« cle 11. Ils sont tenus de consigner dans ce livre,
« jour par jour, et par ordre de dates, sans ratures,
« interlignes ou transpositions, et sans abréviations
« ni chiffres, toutes les conditions des ventes, achats,
« assurances et négociations, et en général de toutes
« les opérations faites par leur ministère. »

La tenue du répertoire empêche l'intermédiaire d'élever après coup aucune contestation sur l'existence de l'ordre. On verra plus loin que ses livres lui fournissent à lui-même un commencement de preuve, quand il s'agit d'un acte de commerce. Il n'en est pas de même ici. L'article 1329 du Code civil dit en effet que : « Les registres des marchands ne
« font point contre les personnes non marchandes,
« preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce
« qui sera dit à propos du serment (1). » Ils ne leur

1. Art. 1360, C. c. — Le serment décisoire peut être déféré en tout état de cause et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

Art. 1367. — Le juge ne peut déférer d'office le serment soit sur la

servent même pas de commencement de preuve par écrit. La controverse ancienne qui s'était élevée à ce sujet a été tranchée par un arrêt de la Cour de cassation, le 21 octobre 1890 (*Pand.* 91.1.107). Les décisions plus récentes s'y conforment, en particulier à l'égard des banquiers, qui sont capables de faire des opérations pour leur compte, et disposeraient ainsi d'une manœuvre facile, pour mettre au compte de leurs clients leurs mauvaises spéculations, et garder pour eux celles-là seules, qui auraient été fructueuses. (Trib. civ. Seine, 12 juin 1901 ; *Gaz. Pal.* 31 octobre 1901.)

II. — Mais on sait qu'en matière d'opérations à terme, l'hypothèse d'un mandat civil est la plus rare. Les règles de la preuve, touchant la commission, sont plus utiles à connaître ; il y a lieu de faire à leur endroit plusieurs distinctions.

Ou bien la contestation s'élève, — c'est le cas le plus pratique, — entre l'intermédiaire demandeur et le spéculateur, ou bien entre le donneur d'ordre demandeur et son mandataire ; elle se produit entre intermédiaires mêmes, quand il y a eu transmission d'ordres.

demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes, il faut :

- 1° Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ;
- 2° Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.

Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter simplement la demande.

A. — Il s'agit ici d'un acte commercial. Il importe de savoir, si le mandant est ou non commerçant. Dans ses rapports avec l'intermédiaire, il y a lieu ou non (1), suivant les cas, à l'application de l'article 12 du Code de commerce, qui visant les livres de commerce, permet au juge de se baser sur leurs énonciations, pour en tirer la preuve des prétentions de celui-là même qui les a tenus. Cet article ne s'applique que si le litige porte sur des faits relatifs au commerce des deux parties en cause.

Si l'on admet la théorie jadis soutenue par Merlin et généralement adoptée par la jurisprudence, tant en matière d'opérations de Bourse (2) qu'en matière d'émission d'effets de commerce, théorie d'après laquelle la répétition fréquente des opérations à termes commerciales, ferait du spéculateur un commerçant, faut-il aller jusqu'à cette conséquence extrême de permettre à l'intermédiaire d'user de ses propres livres, pour établir à la fois et la commercialité des opérations, et la pertinence de ce mode de preuve? Il faudrait le déclarer logiquement si la qualité de commerçant, attribuée au spéculateur habituel, était prouvée dès avant la conclusion des opérations, qui donnent lieu à un procès.

1. Trib. Com. Lyon, 5 janv. 1903, *Gaz. Com. Lyon*, 18 juin 1903 ; Lyon, 7 juillet 1904, *Gaz. Com. Lyon*, 6 déc. 1904.

2. Nancy, 30 avril 1901, *Rec. Nancy*, 1901, 259 ; Paris, 6 avril 1908, *Le Droit*, 15 mai 1908.

Toute liberté est laissée au juge pour former sa conviction : elle naîtra, soit de la preuve écrite, prévue par l'article 109 du Code de commerce, soit de témoignages, d'un aveu du défendeur, d'un serment prêté par lui, de présomptions ; soit encore de la concordance de deux preuves, dont le juge ne croirait pas devoir se contenter, si elles restaient isolées : ainsi des présomptions seraient complétées par un serment supplétoire ou par un aveu. Certaines d'entre elles sont du reste considérées comme suffisantes, si le défendeur ne détruit l'allégation établie contre lui, par la preuve contraire.

L'ordre étant exécuté, l'intermédiaire envoie à son client une lettre d'avis, pour l'informer de cette exécution et des conditions dans lesquelles elle est intervenue. Toute dénégation d'ordre, toute réclamation en général n'est valable, d'après les règlements des agents de change et des coulissiers, que si elle est faite avant la Bourse du lendemain, ou avant la première, qui suit l'arrivée à destination de l'avis, en tenant compte des distances. Le destinataire de la lettre doit notifier sa protestation par télégramme à l'intermédiaire. Les lettres d'avis portent toujours la mention expresse de ces usages.

Il est juste de remarquer que la règle en a été édictée par les seuls intermédiaires et à leur profit ; s'il est admissible peut-être qu'on l'applique, lorsqu'il s'agit de discuter l'exécution du contrat, puisque le

spéculateur est censé se soumettre en contractant, à toutes les conditions usuelles, il n'en est point ainsi quand il conteste l'existence même de l'ordre. Une dénégation même formulée, alors que le délai si court, imposé par les intermédiaires, est écoulé, reste donc valable. Tout pouvoir d'appréciation doit être laissé au juge consulaire, pour décider si l'accord des parties s'est effectivement produit.

C'est sous cette réserve que se formule la règle, aujourd'hui consacrée par la jurisprudence en de nombreux arrêts : la réception de la lettre d'avis et du compte de liquidation sans protestation ni réserve, constitue une preuve du mandat, le silence du destinataire valant ratification (1).

Le bordereau ou lettre d'avis, prévu par l'article 109 du Code de commerce, — où il est dit que les achats et les ventes se constatent par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, — qui est envoyé le jour de l'exécution, n'entraîne pas par lui-même la preuve du caractère commercial du mandat, puisqu'il ne relate qu'une opération isolée. Il n'est donc une preuve suffisante qu'à condition d'être rapproché d'autres bordereaux qui, reçus anté-

1. Paris, 4 mai 1904, *Droit fin.*, 1905, 99 ; Paris, 24 octobre 1906, *Droit fin.*, 1908, 53 ; Trib. civ. Seine, 30 nov. 1907, *Droit fin.*, 1908, 183 ; Trib. Com. Lyon, 6 déc. 1907, *Gaz. Com. Lyon*, 29 avril 1908 ; Paris, 13 juin 1894, *Gaz. Trib.*, 16 octobre 1894 ; Trib. Com. Seine, 28 nov. 1905, *Droit fin.*, 1906, 568.

rieurement par le spéculateur, n'aient fait l'objet d'aucune contestation. Le mandat, en effet, n'est commercial que dans les rapports des parties entre elles, et ce n'est pas la fréquence des opérations ordonnées par une personne à différents intermédiaires, qui fait d'elles des actes de commerce. Au contraire, un compte de liquidation, mentionnant à la fois toutes les opérations exécutées pour un terme unique, prouve directement leur caractère commercial ; il fait présumer l'envoi préalable des bordereaux, et sa réception par le donneur d'ordre est un gage plus certain de sa volonté de ratifier.

Ces solutions se dégagent de toute la jurisprudence. (Paris, 4 mai 1904 ; Trib. Civ. Seine, 30 nov. 1907.) Le Tribunal de commerce de Lyon les a plus nettement affirmées. Par un jugement du 20 décembre 1898 (1), il déclare que : « Le fait que le prétendu « donneur d'ordre aurait reçu sans protestation l'avis « d'opéré, ne saurait être en lui-même et en dehors « des circonstances dans lesquelles il se produit, une « présomption suffisante, par ce motif que l'on ne « peut imposer à personne l'obligation d'entrer en « correspondance, fût-ce pour refuser ses services, « avec un coulissier qui n'a jamais été, à aucun moment, un correspondant antérieur. »

Si la réception de la lettre d'avis entraîne la preuve

1. *Gaz. Com Lyon*, 2 déc. 1899.

du contrat de commission, encore faut-il qu'elle soit elle-même établie par l'intermédiaire. L'envoi de la lettre d'avis ne fait pas qu'elle soit parvenue à son destinataire.

Cette preuve résulte de divers indices. Soit que la lettre ayant été recommandée et remise au domicile du donneur d'ordre, il ne soit pas douteux qu'il en ait eu connaissance ; le juge resterait libre d'estimer qu'une absence prolongée l'aurait privé de son courrier habituel, ou l'aurait empêché de le recevoir en temps utile. Soit que le client ait donné son acquiescement aux opérations.

D'autres faits sont encore susceptibles de démontrer que le spéculateur a été mis au courant : telles seraient par exemple la fréquentation habituelle des bureaux de l'intermédiaire, des conversations avec des tiers, toutes circonstances, en un mot, qui ne permettent pas de supposer qu'il soit resté dans l'ignorance de ce qui le concernait (Trib. Com. Lyon, 13 octobre 1908) (1).

Le tribunal de commerce de la Seine (2) a accusé une tendance plus nette à accorder à la réception de la lettre d'avis et à toutes autres présomptions, une force probante décisive. Le fait lui paraissant plus digne de foi et plus propre à établir l'intention

1. *Gaz. Com. Lyon*, 7 avril 1909.

2. Trib. Com. Seine, 1^{er} oct. 1896 ; *Droit fin.* 97, 224.

véritables des parties, que les conventions qui seraient intervenues entre elles, il en a conclu que le donneur d'ordre n'était pas moins tenu, bien que les opérations eussent été faites sans ordre, ou même postérieurement à une défense formelle du mandant, si les circonstances de la cause démontrent qu'il a toujours accepté qu'il en fût ainsi, et que sa défense est restée lettre morte du consentement des intéressés. Il ne faut pas hésiter à le suivre dans cette voie. La ratification des opérations entraîne l'annulation de la défense primitivement formulée. En principe, le mandant est libre, en manifestant une intention nouvelle, d'anéantir les effets de celle qu'il avait d'abord exprimée, tant qu'elle n'a pas fait naître à sa charge d'obligation envers des tiers. Or, le fait de recevoir sans protestation des avis d'opéré est une manifestation tacite de sa volonté.

Ces règles s'appliquent également quand les ordres ont été donnés à un remisier et transmis par lui. Dans ce cas, le donneur d'ordre reçoit directement les avis d'opéré et les comptes de liquidation afférents à ses ordres, et c'est à lui de protester, s'il le juge bon. L'entremise de son mandataire est étrangère aux rapports, qui s'établissent entre lui et l'intermédiaire autorisé. D'un autre côté, c'est à ce dernier qu'il incombe de prouver que les marchés conclus pour le compte d'une personne, correspondent au mandat transmis, et lui sont opposa-

bles(1); il fera cette preuve d'après les règles ordinaires, comme si l'ordre avait été donné directement. Il ne lui est pas permis d'invoquer, pour justifier de sa réalité, la correspondance échangée entre le remisier et lui. Cette solution semblerait prêter à une controverse, puisque le remisier, simple mandataire, est le représentant de son client, et qu'en vertu de la représentation dans les actes juridiques, tous les actes intéressant le mandant se réalisent valablement en principe dans la personne du mandataire; mais il ne faut pas oublier que le mandat dont il est question ici, porte uniquement sur la transmission de l'ordre et non sur son exécution, et qu'ainsi le remisier n'est pas autorisé à ratifier les opérations aux lieu et place de son client. Le tribunal de commerce de Bordeaux, en adoptant cette manière de voir, en a pourtant donné des motifs, qui ne sauraient être approuvés. Il considère le remisier comme l'agent de l'intermédiaire et en conclut que, nul ne pouvant se créer un titre à lui-même, son approbation est sans effet. L'analyse qui a été faite du contrat de remise combat le principe de cette jurisprudence (2).

Si l'on suppose que la lettre d'avis ait fait l'objet d'une protestation, de telle sorte que sa réception

1. Trib. Com. Seine, 7 janv. 1903; *La Loi*, 3 fév. 03.

2. Trib. Com. Bordeaux. 18 déc. 1907; *Rev. jur. des op. Bourse*, 1908.250.

perd toute valeur probante, que restera-t-il à l'intermédiaire pour convaincre son adversaire? Il lui reste ses livres. On a vu qu'en matière civile, où un commencement de preuve par écrit est à tout le moins nécessaire, les livres ne sont d'aucun autre usage à celui qui les a tenus, que d'autoriser le juge à déférer le serment d'office. En matière commerciale, s'il n'en tire pas une preuve directe et suffisante en sa faveur contre un non-commerçant, il lui est permis toutefois de les produire en justice, pour que le juge y puise des éléments d'appréciation (1). Mais il faut que l'état des relations existantes entre les parties, démontre que l'une était déjà cliente de l'autre, fait qui résultera de lettres d'avis précédemment envoyées et non contestées. Il ne serait même pas interdit au juge de prendre en considération des livres irrégulièrement tenus, s'il le fait uniquement pour fortifier d'un élément surabondant d'appréciation, une preuve déjà commencée par d'autres moyens. C'est la règle générale posée par la Cour de cassation, le 26 juillet 1869.

En résumé, l'intermédiaire justifie de la réalité de l'ordre, soit en invoquant la ratification, que fait présumer la réception sans protestation ni réserve de la lettre d'avis, soit par ses livres. Le donneur d'ordre

1. Trib. com. Seine, 11 janv. 05 ; *Pand.*, 1905.2,342 ; *Journal Trib. Com.*, 1906, 306.

en obtient la preuve par la production du répertoire tenu par l'intermédiaire : les conditions que le répertoire doit remplir, la forme et les mentions qu'il contient, seront exposées avec plus de détails quand il s'agira d'étudier les difficultés, que fait surgir l'exécution du mandat. Le refus opposé par l'intermédiaire de produire ses livres, est une preuve contre lui. Il se retrancherait en vain derrière le secret professionnel, protégé par les formalités dont le Code de commerce entoure l'examen des livres. Au reste, puisqu'il a personnellement le droit d'en tirer parti, aucune bonne raison ne s'oppose à ce qu'il en soit fait de même, quand la réciproque se présente.

B. — La contestation peut s'élever entre deux intermédiaires, le banquier transmetteur d'ordre en son nom personnel, et l'agent de change ou le banquier coulissier : les règles de preuve sont plus simples encore. Les livres des parties font pleine foi en faveur de chacune d'elles, dans les termes de l'article 12 du Code de commerce, puisqu'il s'agit d'un litige entre commerçants et pour faits relatifs au commerce, dont ils font tous deux profession. Le juge n'a pas à chercher plus loin ; si les livres contiennent des mentions contradictoires, il conserve comme toujours sa liberté d'investigation.

Les présomptions que le juge trouve dans les circonstances de la cause, sont complétées au besoin par d'autres moyens de preuve, communs à tous les cas ;

tel le serment. Tel aussi l'aveu émané du défendeur, qui résulterait par exemple des conclusions, par lesquelles il reconnaîtrait avoir apuré le solde de ses opérations, à une liquidation comprise dans la période où se placent les opérations contestées (Paris, 7 nov. 1906; *Droit fin.* 1906. 555). En niant la réalité d'un ordre spécialement désigné, il contredirait en vain la reconnaissance produite par son aveu. Il devient par le fait même inutile à l'intermédiaire de démontrer que les lettres d'avis et les comptes de liquidation sont effectivement parvenus à son client. Il faut remarquer du reste que les énonciations des livres de commerce ne sont autre chose qu'un aveu, émané de celui qui les a tenus, quand elles sont contraires à ses prétentions.

L'aveu est indivisible. La partie qui s'en prévaut n'est pas autorisée à retenir certains points qui lui sont favorables, pour rejeter les autres. Il doit être pris en entier ou repoussé de même. Mais cette indivisibilité ne profite à celui qui l'a fait, que si la preuve complète est obtenue. Aussi décide-t-on que le défendeur n'en recueillera le bénéfice que si les documents de la cause, et en particulier la correspondance échangée entre les divers intermédiaires, confirment son aveu (Trib. civ. Seine, 25 janvier 1897; *Droit fin.*, 1897. 83).

L'arrêt précédemment signalé du 7 novembre 1906 rendu par la Cour de Paris dans une espèce très

particulière, admet qu'un aveu favorise même, dans certaines circonstances, la constitution d'un commencement de preuve par écrit, et contribue à justifier de l'existence d'un mandat civil. On a vu que si le donneur d'ordre peut confier à un intermédiaire de Bourse le mandat de transmettre simplement un ordre, il lui est également permis d'en faire son représentant. Rien ne s'oppose à ce qu'un agent de change accepte de remplir ce rôle. Les actes de l'intermédiaire sont alors opposables à son client. Ainsi la lettre qu'il a envoyée à son propre commissionnaire servirait de commencement de preuve par écrit, lorsqu'elle est corroborée par l'aveu du donneur d'ordre. D'après l'arrêt dont il s'agit, cette preuve commencée était ensuite complétée par des présomptions graves, précises et concordantes, et aboutissait à établir l'existence d'une convention civile. L'aveu rend ici pertinent le mode de preuve constitué par la lettre de l'agent de change, représentant du donneur d'ordre. Le coulissier qui a exécuté, et à l'égard duquel l'aveu s'est produit par la reconnaissance implicite de son compte de liquidation, envoyé directement au mandant, présomption qui ne suffit jamais en matière civile, quand il n'y a pas eu ratification expresse et en connaissance de cause de l'opération, trouve le commencement de preuve par écrit, qui lui est indispensable, dans la lettre par laquelle le mandataire interposé déclare qu'une compensation s'est

produite : la dette qui ressort en solde d'un marché, compensée par la créance issue d'un autre, est considérée comme payée.

CHAPITRE V

De l'exécution.

L'intermédiaire est obligé de remplir son mandat. Cette obligation diffère suivant qu'il s'agit d'un banquier, qui doit confier l'exécution à un autre intermédiaire, ou d'un intermédiaire en Bourse, agent de change ou banquier coulissier, qui réalise en personne le marché à terme. Il importe de faire d'abord l'étude de l'exécution elle-même ; il sera plus facile ensuite de déterminer les obligations du banquier, qui se substitue un mandataire.

L'intermédiaire est soumis à plusieurs obligations, qui se rapportent toutes à celle, générale, de se conformer pour l'exécution à la volonté du commettant. Si cette volonté ne se manifeste pas expressément à chaque ordre de bourse, elle est censée pourtant exister tacitement, et l'usage la consacre. La violation de ses devoirs entraîne la responsabilité du mandataire. Il est juste de remarquer, que lorsqu'il a fait toutes diligences pour remplir la mission qu'il a reçue, il ne peut se voir demander des dommages-intérêts, si des faits indépendants de sa volonté l'ont

empêché de réaliser l'opération (1). C'est l'application de l'article 1999, qui porte que : « Le mandant « doit rembourser au mandataire les avances et frais « que celui-ci a faits pour exécuter son mandat, et « lui payer ses salaires, lorsqu'il en a été promis : « de plus si nulle faute ne lui est imputable, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres. » Mais il faut qu'il s'agisse d'un cas fortuit. La convention d'indisponibilité des titres signée par le client, produirait le même effet, en matière de négociations au comptant et justifierait l'inexécution (2).

I. — L'intermédiaire doit exécuter l'opération en Bourse. Il n'est pas autorisé à traiter en dehors du marché, fût-ce à des conditions identiques, sur les cours effectivement pratiqués (3). Les négociations en Bourse ont justement pour effet, en manifestant la proportion des offres et des demandes, de permettre la fixation des cours, et tout spéculateur a le droit d'exiger que les cours sur lesquels il opère,

1. Trib. Com. Lyon, 31 oct. 1902 ; *Gaz. Com.*, Lyon, 20 déc. 1902.

2. Paris, 18 fév. 1907 ; *Droit fin.*, 1907, 126.

3. Douai, 28 nov. 1907, *Le Droit*, 16 juillet 1908 ; Douai, 2 juillet 1902. *Gaz. Com.* Lyon, 29 juillet 1902.

soient exacts et non pas faussés; l'ordre public veut qu'il en soit ainsi.

L'intermédiaire doit en outre exécuter l'opération à la Bourse indiquée (1). Et ces mots prévoient tant le marché que le donneur d'ordre a eu en vue, marché officiel ou marché libre, que la place même sur laquelle il se tient : un ordre donné à Paris, relativement à des valeurs cotées à la Bourse de Paris, doit y être exécuté, et non pas sur une place étrangère.

Quelle est la sanction de cette obligation ?

La jurisprudence a prononcé la nullité à l'égard du donneur d'ordre, de toute négociation qu'un banquier aurait faite sur le marché libre, alors qu'il lui était spécialement ordonné de faire exécuter au parquet des agents de change. Des espèces qui se sont présentées devant les tribunaux, s'est dégagée la formule suivante : « Si en principe, l'intermédiaire qui
« a reçu un ordre d'acheter en Bourse, commet une
« faute dans l'exécution de son mandat en achetant
« en banque et si, dans ce cas, l'opération est nulle
« à l'égard du donneur d'ordre, il en est différem-
« ment, lorsqu'il résulte des circonstances de la cause,
« que le donneur d'ordre n'a pas subordonné à la cote
« en Bourse la validité de l'opération. » (Rouen, 2 juillet 1902 ; Trib. com. Dijon, 16 avril 1902 ; Trib.

1. Trib. com. Seine, 18 sept. 1902 ; *Gaz. Pal.*, 1902, 2, 458.

civ. Cambrai, 15 juillet 1902 ; *Revue de Dr. Com.*, 1902.450). Il ne s'agit pas ici, comme on le voit, du monopole établi par l'article 76, mais seulement d'une méconnaissance formelle de la volonté exprimée par le mandant.

Le fait que l'ordre ne pouvait être exécuté au parquet n'est pas une excuse pour l'intermédiaire. Il ne doit accepter un ordre, avec les conditions qui l'accompagnent, que lorsqu'il les sait non contradictoires. S'il s'engage à exécuter un marché sur valeurs cotées en coulisse, ou un marché sur valeurs non cotées au parquet, où leurs titres ne sont pas admis, s'il s'engage à négocier sur une place des valeurs qui ne se négocient que sur une autre, il ne peut invoquer pour sa décharge l'obstacle auquel il se heurte.

Les conséquences que la faute de l'intermédiaire entraîne quant à la nullité même de l'opération seront examinées plus loin. Qu'il suffise de poser ici le principe suivant lequel, lorsqu'un mandataire civil ou commercial a excédé ses pouvoirs, l'opération peut lui être laissée pour compte. L'article 1998 du Code civil, déclare en effet que le mandant n'est pas tenu au delà du pouvoir qu'il a donné au mandataire.

Il ne s'agit pas uniquement ici d'une question théorique. Le commettant a intérêt à ce que son ordre soit réalisé comme il l'entend. Les cours ne sont pas les mêmes sur un marché que sur l'autre, l'effet

que la négociation produit sur ces cours, importe également au spéculateur, surtout quand elle s'opère sur des marchés peu étendus, comme le sont en particulier ceux des valeurs non cotées.

II. — L'intermédiaire doit exécuter au cours prévu par l'ordre, au mieux ou à un cours limité. Dans le premier cas, il lui suffit d'exécuter le jour même, il ne peut lui être demandé justification de l'habileté plus ou moins grande, qu'il a apportée à la négociation. Si l'ordre de vente a été donné à un cours fixé, et qu'il ait été exécuté à un cours inférieur, ou réciproquement en cas d'achat, le spéculateur a le droit de refuser l'opération ; mais est-il permis à l'intermédiaire de le contraindre à l'accepter, en offrant la différence entre le prix du marché, et le prix indiqué ? C'est une simple faute qui a été commise ici, et non pas une violation du contrat. La faute oblige seulement le mandataire à réparer le dommage qui en résulte ; la faculté ne saurait être accordée au spéculateur, de se soustraire à son gré aux conséquences fâcheuses de son engagement, alors que l'intermédiaire n'a pas outrepassé les bornes de son mandat (Trib. com. Seine, 28 déc. 1899 ; *Gaz. Com. Lyon*, 22 fév. 1900).

III. — L'intermédiaire doit exécuter en temps voulu. Une opération exécutée tardivement est-elle inopposable au donneur d'ordre ? Lorsque l'intermédiaire en Bourse reçoit un ordre trop tard pour l'exé-

cuter le jour même, alors que le spéculateur en avait manifesté la volonté, il ne peut l'exécuter le lendemain. Il doit aviser le donneur d'ordre et attendre de nouvelles instructions (1). L'exécution tardive est considérée comme un acte de gestion d'affaires, et non plus comme la réalisation du mandat. Il y a lieu d'appliquer ici l'article 1375 du Code civil : « Le « maître, dont l'affaire a été bien administrée, doit « remplir les engagements que le gérant a contractés « en son nom, l'indemniser de tous les engagements « personnels qu'il a pris, et l'indemniser de toutes « les dépenses utiles et nécessaires qu'il a faites. » L'opération n'est pas essentiellement différente en effet de celle que le spéculateur a envisagée. On ne trouve pas, pour lui accorder le droit de refuser les engagements pris, les raisons qui le lui permettraient, quand le mandataire avait excédé ses pouvoirs, en ne vendant pas sur le marché indiqué. Le préjudice souffert par le donneur d'ordre, serait entièrement réparé par l'indemnité payée par l'intermédiaire, puisqu'il ne résulterait que d'une différence éventuelle des cours. Il faut laisser au juge le pouvoir de se décider suivant les circonstances, si le retard lui paraît devoir justifier le refus de ratification, que le donneur d'ordre oppose.

IV. — L'intermédiaire doit exécuter sur le mar-

1. Lyon, 10 mars 97 ; *Mon. Lyon*, 15 juillet 1897.

ché officiel les opérations sur les valeurs cotées.

V. — Il doit exécuter avec une contre-partie réelle. C'est la question du contrat direct ; elle ne rentre pas dans le cadre de cette étude. Nous avons à examiner pourtant une combinaison, qui, en apparence, constitue une opération valable, alors qu'en fait elle dissimule un contrat direct.

Un banquier chargé de faire exécuter un ordre le transmet à un intermédiaire. Il commande en même temps au même intermédiaire l'opération contraire, au même cours, et demande avis séparé des deux opérations. Les deux opérations étant ordonnées en son nom, il se trouve personnellement liquidé vis-à-vis de l'intermédiaire. C'est donc lui qui se trouve la contre-partie de son client. S'il y a une différence à payer ou un bénéfice à encaisser, c'est lui qui sera effectivement débiteur ou créancier. Si une livraison intervenait, il aurait personnellement à se racheter pour livrer les titres à son client acheteur. Il est à même néanmoins, par la production du bordereau d'intermédiaire, de justifier de l'exécution apparente. Quand il sera question des justifications, on verra quels moyens sont nécessaires au donneur d'ordre pour déjouer cette manœuvre. La sanction qui y est attachée, est la nullité relative qu'emporte tout contrat direct, non autorisé par le mandant dans une convention préalable. La double transmission de l'ordre à l'intermédiaire voile seulement le contrat

direct, et n'a d'autre efficacité que celle de frauder la loi (Trib. com. Seine, 12 mai 1900 ; *Le Droit*, 26 mai 1900).

Telles sont les obligations diverses auxquelles l'agent de change ou le banquier-coulissier doit se conformer, pour exécuter un ordre correctement. On a vu les conséquences que la violation du mandat ou la faute du commissionnaire produit sur les rapports des deux parties. Mais lorsque le donneur d'ordre est en droit de refuser et refuse l'opération, qu'en résulte-t-il au point de vue de l'opération elle-même ? Il n'y a pas à distinguer suivant qu'il s'agit d'un agent de change ou d'un banquier-coulissier. Par application de l'article 1998 du Code civil, l'opération est laissée pour compte au commissionnaire. Si celui-ci est un agent de change, quoiqu'en principe, il ne puisse faire aucune opération pour son compte, il se voit contraint, dans ce cas, à exécuter les engagements pris, comme s'il était le contractant direct du marché. Les articles 128 et 129 du règlement général de la Compagnie des agents de change de Paris, déterminent les conditions dans lesquelles l'agent de change correspondant doit faire revendre les titres qui ne lui sont pas payés, ou racheter ceux qui ne lui sont pas livrés. Cette revente et ce rachat se font officiellement. L'agent de change par la faute duquel la nullité est encourue, doit la réparation du préjudice causé. Quant au banquier, libre de con-

tracter en son nom personnel, il reste seul chargé des suites de l'opération. Le refus d'exécuter, alors qu'il n'a aucune cause de nullité à opposer, permettrait de le considérer comme défaillant, et pourrait entraîner la liquidation d'office de tous ses engagements.

Justifications.

La violation réelle ou prétendue des obligations de l'intermédiaire, sert de base au refus du donneur d'ordre de reconnaître les opérations. En cette matière, la charge de la preuve incombe toujours à l'intermédiaire, en vertu de son obligation de rendre compte. S'il est demandeur et qu'il veuille contraindre son client, malgré sa résistance, il doit établir la régularité de ses actes, s'il est défendeur, et que le donneur d'ordre intente une action en reddition de compte, soit pour obtenir des dommages-intérêts, soit pour faire rejeter d'un compte dont il ne méconnaît pas l'ensemble, certaines opérations qu'il prétend irrégulières, c'est encore à l'intermédiaire à justifier de la réalité et de la régularité des opérations.

C'est ainsi qu'il doit prouver, par la production du bordereau d'agent de change, qu'il a exécuté sur le marché officiel les ordres portant sur des valeurs cotées. Si une contravention est intervenue en fraude de la loi, entre le mandant et le mandataire, pour violer

les prescriptions de l'article 76, c'est à ce dernier seul qu'il incombera de la prouver, s'il veut se soustraire à l'action, par laquelle le donneur d'ordre lui demande l'exécution du marché ou la restitution des sommes qu'il prétend avoir payées indûment. L'action en reddition de compte tient lieu au mandant de l'exception par laquelle il opposerait la nullité d'ordre public (Paris, 15 avril 1899, *Gaz. Trib.*, 13 juin 1899) et dont il devrait établir le bien-fondé.

La demande doit toujours être déterminée et motivée. Le client qui exerce l'action contre son intermédiaire, doit arguer d'une faute commise par celui-ci. La demande doit indiquer d'une façon précise, les opérations attaquées, parmi celles qui, par exemple, feraient partie d'un compte de liquidation (Trib. com. Bordeaux, 28 juillet 1902, Trib. com. Seine, 14 avril 1904) (1). Celle qui ne réunit pas ces conditions, n'est pas recevable. Une question se pose. Quel droit le donneur d'ordre a-t-il de demander justification de la manière dont son ordre a été exécuté, alors qu'il en a obtenu tout le bénéfice auquel il pouvait prétendre ? C'est qu'en effet, s'il est en droit de poursuivre le commissionnaire, lorsque celui-ci a commis une faute, c'est seulement, en principe, pour autant que cette faute lui est préjudiciable. Il n'en est pas ainsi quand il s'agit de la réalité et de la

1. *Droit fin.*, 1904, 305.

régularité d'opérations de Bourse. Et le préjudice dont le spéculateur cherche à se décharger, ne sera pas, dans la majorité des cas, un dommage que la faute de l'intermédiaire lui aura occasionné, mais la perte que la spéculation elle-même aura entraînée pour lui. Aussi le refus de paiement qu'il oppose à son mandataire, en se prévalant des dispositions de la loi, n'est-il pas motivé par un désir désintéressé de voir cette loi respectée, mais simplement par celui de se soustraire à des engagements librement pris. M. Boistel (Paris, 9 mai 1894, *D. P.* note) se base sur la formule « *qui mandat ipse fecisse videtur* » pour soutenir que le mandant n'est pas tenu de se faire le complice du mandataire, qui a violé la loi, non plus que dans le cas où celui-ci s'est rendu coupable, dans l'acte dont il était chargé, d'un dol, où il a profité d'un abus de confiance commis par un vendeur non propriétaire, qui lui a livré la chose. Il s'agirait en matière d'opérations de Bourse d'une complicité bien théorique. Il n'est pas nécessaire de scruter la conscience du donneur d'ordre, comme M. Boistel semble vouloir s'en garder, à l'effet de distinguer s'il n'a pas voulu violer des obligations légales, aussi sacrées que des obligations morales, et du reste d'ordre public, ou simplement d'en tirer parti pour se mettre à l'abri d'un mouvement imprévu des cours. Le donneur d'ordre se soucie vraisemblablement très peu de savoir si le monopole des agents de change

est respecté. S'il trouve l'opération avantageuse, il lui suffit de la régler définitivement; l'intermédiaire ne peut lui en refuser le bénéfice, sous prétexte qu'il l'a mal exécutée, puisque cette faute mettrait à sa charge des dommages-intérêts égaux au bénéfice dont son client se trouve privé.

Ce n'est donc pas en envisageant les intentions possibles d'un donneur d'ordre, qui voudrait absolument s'en tenir à l'observation des lois, qu'on lui accorde le droit de contraindre l'intermédiaire à se justifier de n'avoir pas commis, en exécutant, des fautes qui n'ont causé au maître de l'affaire aucun préjudice. Lorsqu'il s'agit de la réalité et de la régularité des opérations, c'est-à-dire de savoir si les opérations ont été conclues conformément à l'article 76, ou si nul contrat direct ne s'est formé à l'insu de l'une des parties et contre sa volonté, la réponse est plus certaine. La loi a édicté une nullité d'ordre public dans le premier cas, ce qui rend toute ratification impossible et permet à chacun des contractants de refuser l'accomplissement de ses obligations; et dans le second cas, une simple nullité relative, mais qui, tant qu'aucune ratification, formelle ou tacite, n'est intervenue, autorise le donneur d'ordre à refuser le marché. S'il en est ainsi, et que le client, se retranchant derrière la violation de la loi, ne prétende payer la différence, l'intermédiaire doit établir de quelle manière il a exécuté; ce qui revient à dire que le mandant a le

droit d'obtenir une reddition de compte. Il n'y a pas lieu d'envisager l'exception de jeu, car elle n'implique pas reddition de compte, celui qui se prévaut de l'exception de jeu devant faire la preuve de son admissibilité.

Lorsqu'il s'agit de quelque autre faute de l'intermédiaire, c'est du droit commun que dérive le droit d'obtenir la justification du mandat ; l'on ne se trouve plus en présence de prescriptions légales, dont la violation est assez indifférente au spéculateur, mais d'une véritable reddition de compte. Il ne faut pas chercher ailleurs que dans les principes ordinaires du mandat, les règles grâce auxquelles le donneur d'ordre a le pouvoir de contraindre l'intermédiaire à exécuter comme il l'entend, au jour dit, au cours prescrit, à la Bourse qu'il indique : sa volonté fait la loi du contrat.

Quels sont les moyens de justification dont l'intermédiaire dispose ? On peut les ranger en trois catégories. Ce sont d'abord les présomptions *juris tantum*, souffrant la preuve contraire, qui tendent à démontrer que le donneur d'ordre a reconnu la validité des opérations exécutées pour son compte. Puis les preuves proprement dites, qui accompagnent toute négociation réelle et régulière, et la rendent opposable au mandant, lorsque celui-ci a refusé sa ratification. Et enfin la présomption *juris et de jure*, permettant d'opposer une fin de non-recevoir abso-

lue à toute action, qui résulte du règlement définitif.

Les voici énumérées :

1° Réception sans protestation ni réserve des lettres d'avis et des comptes de liquidation, qui entraîne une approbation tacite ; ou approbation expresse résultant de la reconnaissance du donneur d'ordre, qui déclare avoir reçu toutes les pièces justificatives.

2° Production du répertoire, du carnet de dépouillement et des comptes.

3° Production du bordereau émané de l'intermédiaire correspondant, de l'agent de change, s'il s'agit de valeurs cotées, du banquier-coulissier, s'il s'agit de valeurs non cotées.

Le règlement définitif, qui rend toute demande irrecevable, n'est pas une preuve de la réalité et de la régularité des opérations ; il n'est pas fondé sur l'idée d'une ratification, impossible quand la nullité est d'ordre public. Il fallait mettre un terme aux litiges, pour sauvegarder les intérêts du crédit public. L'action en paiement de l'indû est refusée, quand le paiement a eu lieu en connaissance de cause.

1° *La réception des lettres d'avis et comptes de liquidation sans protestation ni réserve*, qui est une preuve suffisante du contrat de commission, fait présumer, lorsqu'il s'agit de la réalité et de la régularité des opérations, la volonté manifestée par le donneur d'ordre de ratifier. C'est un indice dont le juge est

libre de tenir compte et rien de plus ; sa valeur probante est en effet très limitée (1).

Ces documents émanent de l'intermédiaire chargé de l'exécution. Aucun signe ne permet au donneur d'ordre de constater, par un examen immédiat, si ces pièces sont un énoncé sincère des opérations qui y sont portées, ou si elles sont falsifiées par celui qui les émet. Elles ne suffisent donc pas par elles-mêmes pour dégager l'intermédiaire de son obligation de rendre compte de sa gestion. La réception sans protestation n'est pas une fin de non recevoir, qui le couvre et lui permette de ne pas restituer les sommes et les titres qu'il a reçus en couverture. Il arrive fréquemment que les donneurs d'ordre habitent la province, où leur surveillance sur des agents de Paris est illusoire. Cependant les lettres d'avis formulent l'obligation pour leur destinataire de faire connaître ses réclamations dans les vingt-quatre heures, qui suivent celle où il a pris connaissance de ses avis d'opéré et des comptes. Il faut attribuer à cette mention une portée restreinte ; ce délai étroit peut être imposé dans les rapports qu'ont entre eux les membres d'un Syndicat de banquiers ou d'une Compagnie d'agents de change. Mais les tribunaux ne sauraient être arrêtés par des obstacles qu'il plaît à des intermédiaires d'opposer à leurs clients, et qui,

1. Trib. com. Seine, 8 fév. 1902 ; *La Loi*, 15 mars 1902.

s'ils étaient respectés, mettraient les premiers à l'abri de toute critique, eussent-ils même violé toutes les règles de leur mandat. Ainsi le décide la Cour de cassation (27 janvier 1903, S. 1903.1.29).

Mais si la réception des lettres d'avis n'est pas considérée comme génératrice d'une obligation à la charge du donneur d'ordre, il en est autrement d'un arrêté de comptes : la volonté de ratifier s'y manifeste tacitement (Paris, 12 janv. 1904) (1). Le tribunal de commerce de la Seine décidait pourtant (12 déc. 1900) (2) que la reconnaissance par laquelle le donneur d'ordre déclare avoir reçu toutes les pièces justificatives, alors qu'en fait elles n'ont pas été fournies, ne le prive pas de son droit de demander des justifications. Cette solution n'est pas admissible. Il est de principe, si l'on excepte l'hypothèse d'une nullité d'ordre public, que tout mandant peut ratifier ce qui a été fait par un mandataire excédant ses pouvoirs (art. 1998, Code civ.) Cette ratification peut même être tacite, et s'il faut en refuser le caractère à la réception des lettres d'avis et des comptes sans protestation, c'est qu'elle n'implique aucunement la volonté du commettant d'approuver des fautes qu'il ignore.

Toute renonciation anticipée du client à réclamer des justifications est nulle : elle serait un signe de

1. *Droit fin.*, 1904.99.

2. *La Loi*, 26 fév. 1901.

son inexpérience, et du reste contraire aux principes du mandat (Art. 1993). On ne voit pas comment le mandant, sans intérêt, abandonnerait ses armes contre l'intermédiaire. Si l'obligation de rendre compte n'incombait plus à celui-ci, celle d'exécuter deviendrait lettre morte, puisque rien ne l'empêcherait de se porter contre-partie. Enfin, prise dans son ensemble, pareille renonciation serait contraire à l'ordre public, puisqu'elle équivaldrait à une convention autorisant l'intermédiaire à exécuter à son gré, hors du marché officiel, des opérations sur valeurs cotées, convention qui est nulle d'ordre public.

Tels sont les principes généraux de la ratification, et l'autorité qu'il convient de reconnaître au défaut de protestation, consécutif à la réception du bordereau, est celle d'une présomption que le juge apprécie. Mais la preuve de la ratification n'entraîne pas celle de la réalité et de la régularité des opérations. La teneur du bordereau n'est-elle pas néanmoins une présomption de sa véracité? L'autorité dont il jouit mérite d'être précisée. Il n'y a pas lieu de distinguer entre le bordereau d'agent de change et celui d'un banquier-coulissier. L'appréciation du tribunal dépend d'une question de fait, qui est l'estime dans laquelle les juges tiennent le commissionnaire, de qui la pièce émane. La jurisprudence s'est fixée à cette idée, qu'en matière commerciale, le bordereau constitue une présomption grave, pouvant suffire à

motiver une condamnation, à moins qu'un fait précis ne soit allégué, pour en détruire l'effet(1). Quand les arrêts déclarent que le bordereau dressé par l'agent de change est l'instrument officiel de toute négociation en Bourse, ils ne visent évidemment pas le couliissier à l'égard duquel la question s'est moins nettement posée. Mais il n'importe : le principe de la liberté d'investigation du juge reste identique. Si le problème a été résolu particulièrement en ce qui concerne l'agent de change, c'est que le caractère du bordereau qu'il délivre, et la valeur qui doit en conséquence lui être attribuée, ont été l'objet d'importantes controverses. Un arrêt de la Cour de Paris, rendu le 4 décembre 1902, tranche avec la jurisprudence antérieure de la même Cour, affirmée par un arrêt du 18 janvier 1899.

Deux questions doivent être examinées au sujet du bordereau d'agent de change. On a soutenu qu'il était un acte authentique, faisant foi par conséquent jusqu'à inscription de faux. Sans même le considérer comme authentique, on lui a accordé, — et c'était la première solution de la Cour de Paris, — une force probante absolue, tant en matière civile qu'en matière

1. Trib. com. Seine, 12 fév. 1903, *Gaz. Trib.*, 22 mars 1903 ; Trib. com. Lyon, 4 août 1905 ; et Trib. com. Seine, 2 nov. 1903, *Pand.* 1905.2.129, *Droit fin.*, 1904, 8 ; Trib. com. Seine, 17 juin 1904, *Droit fin.*, 1904, 412 ; Trib. com. Seine, 25 mars 1905, *Droit fin.*, 1905, 190.

commerciale; c'est le considérer comme une preuve écrite, à l'encontre de chacune des parties.

L'arrêt du 4 décembre 1902 (S. 1905.2.1.) décide que le bordereau n'est ni un titre exécutoire, ni un acte authentique. Nul ne soutient qu'il soit un titre exécutoire, un tel titre ne pouvant résulter que d'une formule exécutoire, qui y est opposée par les seuls officiers compétents, notaires ou greffiers. L'acte authentique, d'après l'article 1317 du Code civil, est « celui qui a été reçu par des officiers publics, ayant « le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été « rédigé, et avec les solennités requises ». M. Wahl démontre que, non seulement il n'y a pas pour le bordereau de formalités requises, mais que de plus et surtout l'acte n'est pas reçu par l'agent de change officier public et rédigé par lui en cette qualité, mais qu'au contraire c'est lui qui agit et délivre son bordereau, exactement comme un commerçant délivre une facture. Il est certain que tout officier public, un notaire par exemple, s'il confère l'authenticité aux actes qu'il rédige en vertu de ses fonctions, ne la confère pas au contraire à la note d'honoraires qu'il envoie à son client. De même en est-il pour l'agent de change, dont la qualité d'officier public n'existe que pour l'exécution des opérations de Bourse.

Le seul texte, qui détermine la valeur probante des bordereaux, est l'article 109 du Code de commerce ;

il parle du bordereau dûment signé par les parties. Si donc le bordereau devait être considéré comme un acte authentique, ce ne serait qu'à la condition d'être exactement conforme aux termes du Code. Et l'on sait qu'en pratique il n'est jamais signé que de l'agent de change seul. La règle générale doit s'appliquer ici, qui veut que nul n'ait le droit de se créer un titre à lui-même ; et l'idée reste vraie à l'égard de tout intermédiaire. Au reste, la rédaction du bordereau a été ordonnée dans l'intérêt du donneur d'ordre et pour lui servir de preuve contre son agent de change, et non pas pour permettre à celui-ci de se garantir contre toute action en reddition de compte, ou de forcer son client, s'il veut l'exercer, à recourir à la procédure longue et coûteuse de l'inscription de faux.

Mais si le bordereau n'est pas un acte authentique, reste-t-il apte à constituer la preuve des allégations de l'agent de change contre son client, et peut-il être absolument admis en matière civile comme en matière commerciale ? Nous avons signalé déjà ce qu'avait en général de choquant cet avantage accordé à un intermédiaire, alors même que son bordereau aurait été reçu par le client sans protestation, quand du moins il ne résultait pas des circonstances de la cause, que cette absence de protestation équivalût à une ratification. La théorie dont il s'agit ici n'est du reste plus admise. Elle fut surtout défendue par

M. Crépon, dans son ouvrage sur la « négociation des effets publics et autres ».

M. Crépon considère le bordereau comme la preuve inhérente à la nature du contrat ; même ne fût-il signé, comme il arrive nécessairement, puisqu'il n'est autre que l'avis d'exécution envoyé au donneur d'ordre, par l'agent de change seul. Or l'auteur est d'avis que le bordereau rend vraisemblable le fait allégué, dont le commencement de preuve par écrit se trouve contenu dans l'ordre lui-même, soit dans le bulletin signé du mandant, soit dans sa correspondance. « L'ordre, l'exécution de l'ordre, il y a là un ensemble qu'on ne saurait fractionner, dont toutes les parties se tiennent, si bien qu'on ne peut isoler les écrits émanés du mandant des écrits émanés du mandataire. » Enfin, M. Crépon ajoute que le bordereau constituant le seul mode de preuve, il serait dérisoire de lui en refuser l'effet.

M. Wahl fait remarquer avec justesse que considérer l'ordre et son exécution comme constituant un ensemble indivisible équivaut à dire que l'ordre est toujours et nécessairement exécuté ; que de plus, ce n'est pas l'ordre qui comporte la délivrance d'un bordereau, mais son exécution, et qu'il est par conséquent excessif de faire du bordereau la preuve nécessaire de l'exécution. Il est inexact par ailleurs que le bordereau en soit la seule preuve, puisque, si la négociation a réellement eu lieu en Bourse, l'agent de

change en obtient, dans le bordereau qui lui est délivré à lui-même par son confrère acheteur ou vendeur, une preuve non sujette à caution.

On a tenté de justifier la théorie de la valeur probante absolue par d'autres raisons encore, dont la plus sérieuse serait que l'agent de change, tenu au secret professionnel, ne peut produire ses livres en justice : à défaut de livres, il ne lui resterait donc d'autre justification que le bordereau. Cet argument aurait quelque force, si, comme on va le voir bientôt, le secret professionnel ne souffrait justement exception en ce qui concerne la représentation des livres. D'autre part, le fait que les bordereaux d'agent de change sont soumis au droit de timbre, ne prouve nullement que la loi ait entendu leur conférer par là une force probante particulière, puisque les bordereaux dressés par les intermédiaires libres ont été longtemps soumis, eux aussi, au droit de timbre, sans qu'il ait été question de leur donner une force obligatoire, et puisque de plus la Régie n'a pas à se préoccuper du caractère obligatoire des actes, et ne la leur confère pas.

Quelle valeur faut-il attribuer à l'aveu du donneur d'ordre, non pas au point de vue de la ratification, mais comme preuve de la réalité et de la régularité des opérations? Si par exemple, au cours des débats, il a reconnu verbalement cette régularité (1), la re-

1. Paris, 31 octobre 1896 ; *Droit fin.*, 97, 127.

connaissance est-elle définitive ? C'est une question d'interprétation de volonté. Il est toujours permis de prouver la simulation d'un aveu, et cette preuve lui enlève toute validité. Il n'est pas en effet nécessairement en conformité parfaite, avec les prétentions de la partie adverse, qui l'obtient. Le principe de l'indivisibilité empêche qu'il ne soit pris en considération, sinon dans son ensemble, et c'est pourquoi le demandeur a parfois intérêt à en établir la fausseté. L'aveu est complexe si, par exemple, le donneur d'ordre soutient qu'il s'est libéré par un paiement du solde d'une opération. Si l'intermédiaire le convainc que le paiement n'a pas eu lieu, l'aveu tout entier perd sa force probante.

2° *Production des livres de commerce, du répertoire, du carnet de dépouillement et des comptes.* — « Qui-
« conque fait commerce habituel de recueillir des
« offres et des demandes de valeurs de bourse, dit
« l'article 30 de la loi du 28 avril 1893, doit tenir un
« répertoire visé et paraphé par l'un des juges du
« tribunal de commerce, et sur lequel il inscrira cha-
« que opération jour par jour, sans blanc ni interli-
« gne et par ordre de numéros. Ce répertoire est
« communiqué à toute réquisition aux agents de l'ad-
« ministration. En outre, lorsqu'un procès-verbal de
« contravention aura été dressé (contravention au
« paiement de l'impôt), ou lorsque le répertoire de
« l'un des assujettis ne mentionnera pas la contre-

« partie d'une opération constatée sur le répertoire
« de l'autre, l'administration aura le droit de se faire
« représenter les écritures des deux assujettis. »

On voit que la tenue du répertoire a été exigée dans un but purement fiscal, pour permettre à l'administration de percevoir l'impôt, que la loi de 1893 inaugurerait. Le décret du 20 mai 1893, portant règlement d'administration publique pour l'exécution de l'article 30 précité, règle la manière dont un répertoire doit être tenu. Il doit présenter pour chaque opération les indications suivantes dans des colonnes distinctes : 1° numéro d'ordre ; 2° date de l'opération ; 3° nom du donneur d'ordre ; 4° catégorie à laquelle appartient l'opération, savoir : achat ou vente à terme ferme, achat ou vente à prime, report, opération d'ordre ayant pour objet de compenser entre elles, au point de vue du règlement des comptes, deux ou plusieurs opérations antérieures ; 5° date de l'échéance ; 6° nature des titres ; 7° nombre ou montant des titres ; 8° taux de l'opération ; 9° valeur totale des titres sur lesquels a porté l'opération ; 10° valeur totale des titres, déduction faite des versements restant à effectuer sur les titres non entièrement libérés ; 11° s'il y a lieu, soit le nom de l'agent de change, qui a concouru à l'opération, soit le nom et le domicile du mandataire substitué par l'intermédiaire duquel l'opération a été faite, soit le nom et le domicile de la personne, qui en a fait la contre-

partie, lorsque ces deux derniers sont eux-mêmes au nombre des intermédiaires de Bourse ; 12° montant du droit afférent à l'opération, sauf en ce qui concerne : a) les opérations à prime ; b) les opérations d'ordre prévues au numéro 4 ; c) les opérations qui ont donné lieu à la désignation de l'agent de change qui a effectué l'opération ou du mandataire substitué.

Le répertoire rentre dans la catégorie des livres de commerce, et quoiqu'il soit établi dans un but fiscal, il a la même force probante que tout autre. Il n'est lui-même qu'un extrait du grand-livre, sur lequel le commerçant doit inscrire tout ce qui a trait à ses affaires. Le répertoire est soumis à toutes les règles propres aux livres de commerce, et prescrites par l'article 11 du Code de commerce ; outre celles que la loi de 1893 a spécialement reproduites, concernant la cote, le paraphe et le visa préalables, il faut ajouter celle qui ordonne la conservation obligatoire des livres pendant dix ans. La cote et le visa annuels ne sont prescrits que pour des livres strictement déterminés.

La tenue du carnet de dépouillement est ordonnée à tout commissionnaire par l'article 11 du décret du 27 prairial an X qui dit : « Les agents de change et
« courtiers de commerce seront tenus de consigner
« leurs opérations sur des carnets, et de les trans-
« crire dans le jour sur un journal timbré, coté et
« paraphé par les juges du tribunal de commerce, les-

« quels registres et carnets ils seront tenus de représenter aux juges ou aux arbitres. »

Ces carnets servent aux intermédiaires à inscrire la mention d'exécution à la Bourse même, au moment où elle a lieu. Ils sont souvent tenus par des commis. Le règlement des agents de change comme celui des banquiers-coulissiers n'accordent à chacun de leurs membres le droit d'avoir plus d'un teneur de carnet par groupe. Les agents de change ont un commis à la rente. Les coulissiers, s'ils sont inscrits aux trois feuilles, ont deux commis.

Pour la justification des comptes, sert enfin le livre de caisse qui indique les espèces qui y entrent, et celles qui en sortent. Ce livre n'est pas obligatoire, mais comme en fait il est tenu par tout intermédiaire de Bourse, le donneur d'ordre peut, dans certains cas où il y a intérêt, en demander également la production.

La valeur qu'ont les livres n'est pas sujette à discussion, quand la partie qui s'en prévaut est l'adversaire de celle qui les a tenus. Il y a lieu de s'en rapporter aux règles précédemment exposées au sujet de l'aveu. A l'égard de l'intermédiaire, les livres constituent des présomptions, et le juge leur attribue la valeur probante qu'il croit justifiée par les circonstances de la cause (1). Il lui est même inutile, s'il

1. Bordeaux, 15 mai 1906; *Droit fin.*, 1906, 366.

croit le fait suffisamment établi, d'exiger la production des carnets de dépouillement. (Cassation, 6 fév. 1901 ; *Rec. Rouen*, 1901.205.)

Le refus de l'intermédiaire de laisser examiner ses livres en justice constitue contre lui une présomption des plus graves ; il permet de supposer que les ordres n'ont pas été exécutés (Paris, 12 janv. 1904) (1). Mais c'est à condition d'admettre que la production en est obligatoire. Or on a soutenu que le secret professionnel était un obstacle à la divulgation des marchés effectués. L'examen des différents modes suivant lesquels les livres sont produits en justice, met à néant ce moyen de défense.

Cette production n'est exigible qu'après que le donneur d'ordre demandeur a établi l'existence de l'obligation, dont il demande qu'il soit justifié. Elle ne saurait être obtenue par voie d'action directe et principale, mais accessoirement à une action en reddition de compte. Aussi le tribunal civil de la Seine a-t-il décidé (2) que le client d'une maison de banque n'est pas autorisé à l'assigner pour la contraindre sous une astreinte à faire connaître ses livres, ainsi que les bordereaux de l'intermédiaire contre-partie et toute autre pièce justificative. Si le

1. *Droit fn.*, 1904. 99 ; Rennes, 5 mai 1902, *Gaz. com. Lyon*, 15 juin 1902.

2. Trib. civ. Seine, 22 juin 1906 ; *Droit fn.*, 1907. 95.

mandant exige qu'il soit rendu compte, il lui faut d'abord établir l'existence du mandat, et dans son action en justification, les livres doivent être l'objet d'une demande incidente (1). C'est l'unique solution qui puisse être donnée à l'article 15 du Code de commerce : « Dans le cours d'une contestation, la « représentation des livres peut être ordonnée par le « juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui « concerne le différend. » C'est également celle de la Cour de cassation qui, supposant toujours l'existence d'une contestation précise, ajoute que cet article consacre, non une obligation, mais une faculté dont le juge use ou non, suivant les besoins de la cause, d'après son appréciation souveraine : il jouit d'un pouvoir discrétionnaire. Cette faculté est actuellement consacrée par une série d'arrêts, dont l'origine remonte à 1862. Un arrêt du 29 mai 1878 (Cassation, S. 79.1.64) déclare en outre, — mais il semble que cette décision soit contraire aux termes de l'article 15, — que la représentation doit être formellement demandée.

On sait que le Code de commerce détermine deux modes différents d'examen. Le tribunal ordonne soit la communication, soit la représentation des livres de commerce. Mais l'article 14 délimite strictement les cas, dans lesquels seuls la communication a

1. Cass., S. 92.1.192; S. 93.2.129.

lieu. Il est ainsi conçu : « La communication des
« livres et inventaires ne peut être ordonnée en
« justice que dans les affaires de succession, com-
« munauté, partage, et en cas de faillite. »

Il y a deux questions à résoudre ici, tout d'abord celle de savoir quel est le critérium par lequel la représentation se distingue de la communication. Puis il s'agit de reconnaître si la représentation même peut être ordonnée, lorsqu'un intermédiaire de Bourse est en cause.

Sur le critérium de la distinction, la doctrine et la jurisprudence se trouvent en désaccord. Le principe de la doctrine est celui-ci : il y a communication quand le propriétaire des livres s'en dessaisit, pour qu'ils soient examinés dans toutes leurs parties ; il y a représentation, quand les livres sont produits pour être consultés seulement dans une ou plusieurs de leurs parties. Dès que les livres sortent de chez le commerçant, et peuvent être vus en entier même par les juges, c'est une communication qui a lieu. Les auteurs sont nombreux, qui ont soutenu cette thèse. Ils ont fait valoir les graves dangers qu'entraîne pour le commerçant un examen qui est fait par des juges consulaires, commerçants eux-mêmes, et qui sont peut-être des concurrents de l'intéressé. Telle apparaît bien d'ailleurs l'idée du Code, qui, n'ayant admis la communication que dans les cas où la connaissance entière des livres est seule utile, a

indiqué par là qu'en toute autre hypothèse, il entendait ne pas imposer au commerçant la divulgation de ses affaires. La jurisprudence de la Cour de cassation s'est arrêtée néanmoins sur un autre principe. Elle considère, comme l'élément nécessaire et caractéristique de la communication, la mise des livres d'une partie à la disposition de son adversaire, qui est libre de les consulter en entier (1).

Où cette divergence présente un intérêt pratique, c'est sur le point de savoir si le mode le plus fréquent d'examen, l'apport des livres au greffe du tribunal de commerce, où ils sont mis seulement sous les yeux des juges, constitue l'un ou l'autre des deux procédés légaux. La doctrine se prononce comme de juste dans un sens restrictif, tandis que la jurisprudence n'admet pas qu'il y ait là autre chose qu'une simple représentation.

En fait, le tribunal commet à l'examen soit un juge commissaire, soit un expert. Alors même qu'il est fait hors de la présence de l'intéressé, il n'y a toujours d'après la Cour de cassation (26 juin 1894) qu'une représentation ; et M. Thaller, étranger en cela à l'avis général de la doctrine, se range à cette opinion. Un tribunal peut encore, si les livres se trouvent dans

1. S. 92.1.143 ; S. 65.2.26 ; S. 76.2.40 ; *Gaz. Pal.*, 1900.2.246 ; *Le Droit*, 9 novembre 1900 ; Mollot, nos 203 et 205 ; Buchère, *Valeurs mobilières*, n° 1220.

un lieu éloigné de celui où le procès est en cours, donner une commission rogatoire au tribunal de commerce de ce lieu ; et il n'y a pas alors communication (Cassat., 17 nov. 1891) (1), si la commission détermine nettement le point litigieux sur lequel doivent porter les recherches, même si elle ajoute que le magistrat commis recherchera sur les livres toutes indications utiles, et fera toutes constatations voulues, si ces termes ne visent que les indications et constatations concernant le différend dont le tribunal est saisi.

En ce qui a trait à l'intermédiaire de Bourse, — et la question a été résolue, tant au point de vue de l'agent de change (Paris, 4 fév. 1865) (2), qu'à celui du simple banquier (Cassation, 22 février 1848) (3), — la jurisprudence maintient sa théorie générale ; sauf sur un point : l'examen ne doit jamais être confié à un expert, que dans les limites posées par la doctrine à la représentation. Les intermédiaires ont pourtant tenté de se refuser absolument à produire leurs livres.

L'obligation qui leur incombe à cet égard a été justifiée par deux arguments : d'abord, parce qu'ils sont commerçants, et en outre qu'elle a été mise

1. S. 92.1.143.

2. S. 65.2.26.

3. S. 48.1.262.

spécialement à leur charge par la disposition formelle de l'arrêté du 27 prairial an X.

Le premier argument laisse prise à la discussion. Il n'est plus controversé aujourd'hui que l'agent de change ne soit un commerçant. Cette objection avait pourtant été soulevée. Mais même sans faire aucune distinction entre tous les intermédiaires, il reste vrai que l'obligation au secret professionnel pourrait être un motif suffisant pour leur permettre d'obtenir un régime spécial, pour créer en leur faveur une exception. S'il n'en est pas ainsi, c'est qu'il y a un texte formel. Encore ne faut-il pas abandonner cette raison générale ; la loi qui a spécifié pour les agents de change et les courtiers le devoir de produire leurs livres n'en est qu'une manifestation plus formelle.

Le texte de l'article 11 de l'arrêté du 27 prairial an X a déjà été reproduit à propos des carnets de dépouillement. La disposition qu'il édicte n'a certainement été modifiée par aucune autre, en ce qui concerne les intermédiaires non privilégiés. Mais à l'égard de l'agent de change, a été rendu le décret du 7 octobre 1890 : et l'on a soutenu que l'article 40, en confirmant la règle du secret professionnel, avait en même temps fixé limitativement les exceptions qui pouvaient y être apportées, c'est-à-dire grâce au consentement des parties ou dans le cas où la nature de l'opération l'exige, puisqu'il mentionnait spécialement le droit d'investigation de la Chambre syndi-

cale. Il faudrait en conclure que le secret professionnel est protégé contre toute violation, qui proviendrait de l'examen des livres de commerce. Le principal auteur de cette théorie est M. Ruben de Couder ; elle est très discutable. On a fait remarquer en effet que l'arrêté de prairial réglait également le secret professionnel et qu'il n'avait pas cru voir une incompatibilité entre la règle qu'il édictait, et celle de son article 11. Il créait une exception. Or l'article 40 du décret de 1890 est emprunté à l'article 19 de l'ancien arrêté, il en reproduit les dispositions, et c'est lui seul qu'il a abrogé.

La remarque que le secret professionnel est établi au profit, non pas de l'intermédiaire, mais de ses clients, est digne d'être répétée ici ; il ne doit donc pas être invoqué contre eux, lorsqu'il s'agit d'une reddition de comptes, qui est l'un des principaux devoirs de tout mandataire. C'est pourquoi celui-ci n'a aucun droit de s'y soustraire, pourvu que les précautions suffisantes soient prises, afin que la production des livres n'entraîne pas de publicité pour l'ensemble des opérations. Et c'est bien ainsi qu'elle doit se faire, puisqu'en vertu des termes mêmes du Code de commerce, la communication est impossible, et la représentation seule est ordonnée.

Il y aurait lieu de se demander si, dans le cas présent, l'apport des livres au greffe, que la jurisprudence considère comme une simple représentation,

n'entraîne pas néanmoins la violation du secret professionnel. Il semble bien qu'en fait il soit peu respecté, si des juges du tribunal, si un arbitre peuvent se permettre de prendre entièrement connaissance des opérations relatées. Ici plus que partout ailleurs, les arguments que la doctrine fait valoir pour opposer au système admis par la jurisprudence un critérium plus strict entre la communication et la représentation, méritent qu'on les considère. Mais puisque les tribunaux ne veulent pas reconnaître qu'un dépôt au greffe et l'examen par les juges eux-mêmes présentent un danger quelconque pour un commerçant, et qu'il n'y a là de leur part qu'une question d'appréciation, que la Cour de cassation laisse à leur pouvoir souverain, on conçoit qu'ils ne fassent pas de différence entre un commerçant ordinaire et celui qui est tenu de garder le secret dans l'intérêt de ses clients.

Sans nous arrêter sur cette question, il reste vrai que la conséquence d'une simple représentation est d'empêcher le demandeur en justification de connaître le nom de sa contre-partie. Le secret professionnel s'y oppose absolument. Dans le plus grand nombre des cas, la contre-partie est représentée par un autre intermédiaire, agent de change ou banquier coulissier, et le répertoire du défendeur ne mentionne que le nom de son cocontractant. Pour que l'hypothèse contraire se rencontre, il faudrait admettre l'exis-

tence, entre le donneur d'ordre et son commissionnaire, d'une convention par laquelle ce dernier serait autorisé à faire l'application de l'ordre à un autre de ses clients, formant la contre-partie du marché. Mais si ce fait est exceptionnel, il peut néanmoins se présenter dans l'ensemble des opérations portées sur le répertoire et les autres registres, et c'est une raison suffisante pour qu'ils soient toujours examinés dans les conditions strictes, réglées par la loi.

On sait que l'arrêté de prairial ordonne la représentation aux juges ou aux arbitres. Le Code de procédure ne parle que d'un seul arbitre : c'est l'arbitre-juge choisi d'un commun accord entre les parties, après qu'il est intervenu entre elles un compromis ou arbitrage. Mais dans la pratique, on donne encore ce nom à l'arbitre rapporteur (1), qui n'est autre qu'un expert commis par le tribunal, à l'effet de donner son avis sur les enseignements qu'il faut tirer des livres de commerce, compulsés par lui. La loi, lorsqu'elle indique d'une manière formelle que les livres des agents de change et courtiers de commerce doivent être produits devant les arbitres, paraît avoir eu seulement en vue ceux que le législateur reconnaît lui-même expressément comme tels par d'autres textes. La jurisprudence, on l'a vu, ne s'en tient pas en règle générale à cette interprétation stricte ; elle

1. S. 1900.2.255.

admet que les livres des commerçants, représentés en justice, peuvent être examinés par des experts. Mais, à l'égard des livres de l'agent de change, la solution est plus restrictive, et elle se contente de faire l'application de l'article 11 de l'arrêté de prairial. C'est l'arrêt déjà signalé, rendu par la Cour de Paris le 4 décembre 1902 (S. 1905.2.1) qui dit : « La
« délégation donnée à un arbitre rapporteur non
« assermenté agissant, en réalité, non comme un
« arbitre-juge, mais comme un vérificateur compta-
« ble, expert, auxiliaire du tribunal, à l'effet d'exami-
« ner les pièces, comptes et registres des parties, ne
« peut s'étendre qu'aux documents produits par elles,
« et ne saurait comporter un pouvoir d'investigation,
« — notamment sur les livres de l'agent de change,
« — pouvant amener la violation du secret profes-
« sionnel, établi dans un intérêt public supérieur. »

Aucune assimilation n'est possible entre les arbitres-juges, choisis le plus souvent parmi les commerçants qui semblent aux parties, aptes à connaître du litige qui les divise, et les experts-arbitres. La jurisprudence considère que ceux-ci n'ont pas la qualité de commerçants, et que les rapports présentés par eux n'ont pas le caractère d'actes de commerce ; leur rôle et leur caractère sont donc essentiellement différents de ceux que l'article 11 de l'arrêté de prairial requiert d'arbitres, à qui il donne le rôle des juges de commerce (Lyon, 16 décembre 1892, S. 93.2.286).

Les arbitres rapporteurs ne sont pas davantage considérés comme des officiers ministériels, dont le caractère public présenterait des garanties particulières. Il faut donc limiter aux personnes, pour qui la faculté d'examen est indispensable, le nombre de celles à l'égard de qui le secret professionnel reçoit exception, et qui ont le droit de rechercher dans les livres les indices nécessaires, fût-ce au risque de pénétrer l'état d'affaires dont la révélation est interdite: et ces personnes sont uniquement les autorités que leurs fonctions appellent à trancher le différend.

3° *Production du bordereau émané de l'intermédiaire correspondant.* — Indépendamment des présomptions résultant du bordereau et de sa réception sans protestation ni réserve, de la preuve puisée dans les livres de l'intermédiaire, celui-ci jouit d'un autre moyen de preuve beaucoup plus décisif encore. Lorsque deux intermédiaires concluent un marché en Bourse, ils sont tenus d'échanger des pièces qui sont le signe le plus évident que l'opération a réellement eu lieu. Cette obligation est établie, d'une part, par le règlement général de la Compagnie des agents de change, d'autre part par celui du Syndicat des banquiers en valeurs à terme. L'article 105 du règlement des agents de change dit en effet : « qu'ils
« sont tenus de se donner réciproquement, pour l'exé-
« cution des négociations à terme, des engagements
« timbrés par la caisse commune dans les conditions

« prescrites par l'article 211 », conditions, établies en vertu de mesures intérieures, connues seulement des membres de la Compagnie, « et dûment signés, qui « sont échangés avant la Bourse suivante ». Quant aux banquiers-coulistiers en valeurs à terme, l'article 24 de leur règlement décide que : « Pour chaque « opération, chaque partie établit sur papier délivré « par la Chambre syndicale, moyennant tarif déterminé par elle, un engagement spécial indiquant « l'échéance de l'opération, sa date, son objet, le « numéro sous lequel elle figure au répertoire établi « par la loi du 28 avril 1893. Les engagements sont « échangés après chaque bourse. Ils sont retournés « dans les vingt-quatre heures, avec indication du « numéro du répertoire et signature du retourneur. »

On serait assez tenté de se demander pourquoi, lorsque l'intermédiaire qui a réellement exécuté, a entre leurs mains une pièce aussi probante que l'engagement de sa contre-partie, il est nécessaire de faire appel à des présomptions moins immédiatement convaincantes. Mais il faut remarquer tout d'abord que l'engagement délivré par l'intermédiaire cocontractant n'est pas par lui-même une preuve certaine que les opérations qui s'y trouvent portées sont bien celles dont le mandataire a fait l'application à son client. Cependant certaines circonstances, en particulier la concordance des chiffres, constituent des présomptions de cette identité. En outre, la produc-

tion de l'engagement ne ruine pas l'assertion que présenterait le donneur d'ordre, d'une contre-opération exécutée en même temps par l'intermédiaire.

Le refus de l'intermédiaire de produire l'engagement de sa contre-partie permet-il de présumer qu'il n'a pas exécuté l'ordre ?

L'échange des engagements est une mesure d'ordre purement intérieur, édictée par les règlements des syndicats d'intermédiaires et qui en elle-même ne regarde nullement le donneur d'ordre. Bien plus, c'est un écrit qui constate l'exécution d'un marché, dans lequel ce dernier n'a rien à voir, puisque l'agent de change ou le coulissier agit toujours en son propre nom et que sa contre-partie ne connaît d'autre contractant que lui. On a soutenu, sinon dans l'espèce même dont il s'agit ici, tout au moins dans le cas où un banquier avait transmis un ordre à un coulissier, que celui-ci pouvait s'opposer à ce que le banquier se dessaisît des documents justificatifs de l'opération. Un jugement du tribunal de commerce de la Seine, qui du reste est demeuré isolé, en a décidé ainsi (29 décembre 1907, *Gaz. Pal.*, 1^{er} février 1907). Mais si cette théorie peut paraître inexacte lorsqu'il s'agit d'un banquier et d'un coulissier, mandataire substitué, entre lesquels n'interviennent que des rapports identiques à ceux qui existeraient entre le donneur d'ordre et le coulissier, si en outre comme il ne s'agit pas là d'exécution, le problème ne se pose

pas spécialement pour l'engagement, document d'ordre intérieur, mais seulement pour l'ensemble des pièces qui constituent les justifications ordinaires du mandat, cette même théorie n'est-elle pas défendable lorsqu'il est question de la négociation même du marché, pratiquée d'après des règles auxquelles le donneur d'ordre reste étranger ?

Le motif véritable, qui doit faire repousser ce système, c'est que l'intermédiaire cocontractant n'a aucun intérêt qui se, puisse discerner, à refuser à son confrère le droit de se dessaisir de son engagement. Le secret professionnel n'est pas en jeu ; il ne s'oppose pas à la divulgation du nom des intermédiaires en Bourse, qui ne traitant pas pour eux-mêmes, ne souffrent pas dans leur crédit de ce que l'on ait connaissance d'opérations exécutées par eux. On concevrait qu'un tribunal considérât comme une présomption grave de non exécution le refus du mandataire de produire l'engagement relatif au marché ordonné. Cette présomption aurait une force probante égale à celle qui résulte du refus de produire les livres.

Nous avons terminé l'étude des moyens de preuve qui permettent au commissionnaire d'établir devant les tribunaux qu'il a réellement et régulièrement exécuté les ordres dont il était chargé, et de satisfaire ainsi à son obligation de rendre compte de son mandat. Jusqu'ici nous avons envisagé l'hypothèse

d'un donneur d'ordre qui se trouve directement en présence de l'agent de change ou du coulissier, par qui la négociation s'effectue. Nous rencontrons un des problèmes les plus controversés, quand nous nous demandons quelle décision il faut adopter dans l'hypothèse d'un simple banquier qui a transmis l'ordre à un intermédiaire en Bourse. Quelle justification ce banquier doit-il fournir? D'avoir exactement transmis l'ordre à celui qui était qualifié pour l'exécuter? Ou doit-il démontrer que celui-ci a lui-même réellement et régulièrement exécuté l'opération commandée? En d'autres termes, est-il responsable et doit-il compte des actes de son mandataire substitué? Est-il tenu de faire justifier par lui de la manière dont il a effectué l'opération?

Il est bon de rappeler ici le principe certain qui domine la matière. Le banquier agissant en son propre nom et donnant l'ordre comme émanant de lui-même, sans mettre aucunement en relations son mandant et l'intermédiaire, ces derniers n'ont entre eux aucun lien juridique, et n'ont par conséquent aucune action l'un contre l'autre : le donneur d'ordre en particulier ne peut agir contre l'agent de change ou le coulissier, pour le contraindre à se justifier. Ce principe admis, trois systèmes se sont fait jour, qu'il importe de définir dès à présent : d'après le premier, le banquier n'est tenu de rendre compte que de son mandat, et le mandat consiste unique-

ment à transmettre l'ordre ; pourvu qu'il prouve s'en être acquitté, il est déchargé de toute responsabilité (1). D'après le système adverse, le donneur d'ordre a le droit d'exiger que le banquier réponde de la façon dont les mandataires substitués ont exécuté les opérations. Le banquier est tenu en conséquence de faire agir son droit personnel à obtenir une reddition de comptes, les faire justifier par les preuves étudiées précédemment, et mettre son client à même d'en prendre connaissance (2). Enfin un troisième système se fonde sur cette idée générale, qu'un donneur d'ordre a le droit d'exiger de son banquier toutes les justifications que celui-ci est capable de lui fournir, et décide qu'après le règlement définitif intervenu entre le mandataire et l'intermédiaire en Bourse substitué, le donneur d'ordre ne peut plus le contraindre à faire justifier de l'exécution (Trib.

1. Trib. com. Seine, 17 nov. 1906, *Revue Dr. Com.*, 1907, 296 ; Trib. com. Seine, 29 déc. 1906, *Gaz. Pal.*, 1^{er} fév. 1907 et *La Loi*, 9 fév. 1907 ; Trib. com. Seine, 9 janv. 1907, *Gaz. Pal.*, 1907.1.324 ; Douai, 23 janv. 1908, *Rec. Douai*, 1908, 148 ; Trib. com. Seine, 22 fév. 1908, *Droit fin.*, 1908, 301 ; Grenoble, 4 août 1908, *Revue jurid., op. Bourse*, 1908, 512 ; *Gaz. Trib.*, 30 avril 1909 ; *Gaz. Pal.*, 30 avril 1909 ; *Le Droit*, 9 mai 1909.

2. Lyon, 21 nov. 1905, *Droit fin.*, 1906, 360 ; Paris, 8 fév. 1906, *Gaz Pal.*, 22 mars 1906 ; *La Loi*, 31 mars 1906 ; Trib. com. Saint-Étienne, 8 oct. 1907, *Petites Affiches Loire*, 14 nov. 1907 ; Douai, 28 nov. 1908, *Revue jurid.*, 1909. 92.

com. Seine, 9 janvier 1907; *Gaz. Pal.*, 8 mars 1907) (1).

Cette question, sous sa forme générale, s'est surtout présentée dans le cours de ces dernières années, et pourtant elle n'est pas aussi récente qu'on pourrait le croire. On la trouve posée pour la première fois dans un arrêt de Cassation du 16 juin 1885 (S. 85. 1. 253). Il ne tranchait pas la question de principe, mais donnait seulement une solution pour le cas particulier d'une violation de l'article 76. Voici quelle en était l'espèce : un banquier chargé d'exécuter un ordre d'achat sur des valeurs cotées au parquet, ayant transmis l'ordre à un agent de change, celui-ci, au lieu d'acheter lui-même à la Bourse officielle, fait acheter en coulisse. La Cour a déclaré que le refus d'action étant absolu, cette règle s'appliquait également dans les rapports du banquier et du donneur d'ordre, et que par conséquent le banquier ne pouvait réclamer à son client la commission afférente à son mandat, qu'il avait pourtant rempli fidèlement. Elle reconnaissait donc indirectement au donneur d'ordre le droit d'exiger de son mandataire la justification, non seulement de ses actes personnels, mais encore de la régularité de l'exécution. Elle écartait l'application de l'article 1994 du Code civil,

1. Trib. com. Seine, 9 janv. 1907, *Droit fin.* 1907, 99 et *Gaz. Pal.*, 8 mars 1907 ; Trib. com. Seine, 1^{er} mai 1907, *J. av.* 1907, 308 ; Grenoble, 25 oct. 1907, *Droit fin.* 1907, 615.

qui forme le droit commun en la matière, lorsqu'il s'agit de substitution de mandat, et qui est ainsi conçu : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est « substitué dans sa gestion : 1° quand il n'a pas reçu « le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand « ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une « personne et que celle dont il a fait choix, était notoirement incapable ou insolvable. Dans tous les « cas, le mandant peut agir directement contre la « personne que le mandataire s'est substituée. »

Si l'on embrasse la question dans son ensemble, il apparaît comme certain que les deux premières conditions, imposées par la loi pour rendre le mandataire responsable de son sous-mandataire, sont absolument inapplicables. Comme le relèvent tous les arrêts, pour en faire une des bases de leur décision, si le pouvoir de se substituer un tiers n'a pas été conféré expressément au banquier par le donneur d'ordre, ce droit lui est accordé tacitement et toujours, qu'il s'agisse de valeurs cotées ou de valeurs non cotées, puisque, pas plus sur le marché libre que sur le marché officiel, un banquier ordinaire n'est admis à exécuter les ordres reçus. Il faut qu'il s'adresse à un intermédiaire qualifié, agent de change ou coulissier. Le donneur d'ordre ne peut croire qu'il lui ait donné un mandat plus étendu que de transmettre son ordre, puisque les attributions du banquier ne vont pas au delà. D'autre part, on ne

dira pas que le droit de substitution ayant été reconnu sans désignation de personne, celle dont il a fait choix, ait pu ne pas remplir les conditions exigées de capacité et de solvabilité, puisque le banquier est obligé de la choisir soit parmi les agents de change, soit parmi des banquiers-coulissiers, nécessairement membres d'un Syndicat, qui garantit leur honorabilité, et exige d'eux un capital assez élevé.

Par contre, la condition par l'énoncé de laquelle l'article 1994 se termine, ne se trouve pas remplie. Il suppose que le mandant dispose toujours d'une action directe contre le mandataire substitué, et il semble bien que ce soit précisément le droit à cette action qui l'empêche de se plaindre d'une substitution qui ne diminue en rien ses sûretés. Dans tous les cas, dit l'article 1994, l'action directe est donc le corollaire obligé de la substitution.

Or le donneur d'ordre n'a jamais d'action ni directe, ni même oblique, contre l'intermédiaire, mandataire du banquier seul. Si, le banquier agissant en son nom, sans révéler la personnalité de son commettant, aucun lien de droit ne s'établit entre celui-ci et la personne grâce à qui son ordre devient réalité, n'est-ce pas une raison suffisante pour accorder au donneur d'ordre originaire le droit de contraindre le banquier à faire la preuve comme commettant des actes de son commissionnaire, aussi longtemps tout au moins que cette preuve est

exigible ; et si le droit s'en est éteint entre ses mains par un règlement définitif intervenu avant celui qui clôt toute difficulté entre lui et le donneur d'ordre, si par conséquent il ne lui est plus possible d'obtenir ces justifications, son client ne pourra-t-il lui laisser pour compte une opération non justifiée, en se prévalant de ce que son mandataire n'a pas rempli ses obligations ?

M. Boistel, dont la théorie sur le fondement du droit d'obtenir les preuves de la réalité et de la régularité des opérations a déjà été signalée, base le droit qu'il reconnaît au donneur d'ordre, d'exiger de son mandataire une justification établie par le mandataire substitué, sur la raison suivante : il serait, selon lui, trop facile d'éluder la prescription formelle de l'article 76, s'il suffisait de créer un degré intermédiaire entre le coulissier et le donneur d'ordre, pour empêcher celui-ci de réclamer du coulissier aucune garantie d'exécution, en le mettant dans l'impossibilité de mettre en œuvre une action intentée par son mandataire, alors que toute action directe lui est refusée. L'objection est-elle irréfutable ? si au premier abord, il semble que rien ne contraigne un spéculateur à s'adresser à un banquier, lorsqu'il sait qu'il renonce ainsi à une justification absolue, sinon d'un mandat restreint dans sa portée, n'apparaît-il pas que les intermédiaires en Bourse pourraient se refuser à recevoir des ordres d'autres mandants que

leurs banquiers correspondants et se permettre par là, tant agents de change que coulissiers, de tourner toutes les dispositions légales. Le fait ne s'est pas encore produit, et l'on voit combien peu il est plausible. Il y faudrait une sorte de trust d'illégalité, que la rivalité des compagnies d'agents de change et des syndicats de banquiers, que les garanties dont sont entourées les négociations à la Bourse, rendent invraisemblable. Qu'un coulissier prétende imposer à son client la condition de recourir à un banquier, le client pour se dérober à cette injonction n'a qu'à s'adresser ailleurs. S'il s'adresse à un banquier, s'il renonce à exiger ultérieurement des justifications, demandées non pas en vue de la réparation d'un dommage qui lui ait été directement causé, mais en vertu des nullités édictées par la loi dans un but général, il faut admettre qu'il a abandonné au banquier le droit de les exiger, si l'intérêt du client est de profiter des fautes commises, en ne conservant par devers lui que le droit d'obtenir de son seul mandataire la reddition de compte de son mandat; c'est-à-dire en pratique la réalisation des engagements qu'il avait prévus en émettant l'ordre, et le bénéfice des résultats qu'il en avait escomptés. Le donneur d'ordre a une action pour obtenir l'exécution de son ordre, aux conditions stipulées: et les prescriptions de la loi ne sont pas en danger, garanties comme toujours par le droit qu'a le banquier,

donneur d'ordre personnellement, de réclamer lui-même des preuves.

L'intérêt de cette discussion théorique est de résoudre la question de savoir si le banquier est encore tenu, après un règlement définitif intervenu entre l'intermédiaire et lui, sinon de contraindre son mandataire à une justification désormais impossible, du moins de réparer les conséquences de la faute qu'il a commise, en renonçant à tort à une action que le donneur d'ordre pouvait l'obliger à exercer.

La jurisprudence paraît avoir plutôt une tendance actuellement à adopter le système restrictif, et à reconnaître qu'il suffit au banquier de produire, soit un bordereau d'agent de change, si les ordres portent sur des valeurs cotées, soit un bordereau de coulisse, s'il s'agit de valeurs non cotées. Le fait que ces bordereaux portent des indications identiques à celles que l'ordre contenait, titre, cours, Bourse, jour d'exécution, est une suffisante preuve de la transmission de l'ordre, et au regard du spéculateur, de son exécution conforme. Le banquier est tenu en outre de produire ses livres pour corroborer cette preuve, en établissant que les opérations ont été inscrites régulièrement à leurs dates au répertoire, avec le nom de l'intermédiaire à qui l'ordre a été transmis.

Le premier jugement qui ait affirmé cette manière de voir, semble avoir été rendu par le tribunal de

Commerce de la Seine, le 29 décembre 1906 (précité). Si d'autres décisions n'y contredisent pas, qui remontent jusqu'en 1901 (1), elles ne s'y rangent pas non plus de façon catégorique, se contentant de dire qu'il suffit au banquier de produire pour les valeurs cotées un bordereau d'agent de change ; mais sans déclarer si ce bordereau paraissait au tribunal constituer ou non par lui-même une preuve absolue de l'exécution réelle et régulière. Or, quelque présomption qu'il fournisse, le bordereau ne produit cette preuve que lorsqu'il est accompagné de circonstances de fait, que le juge seul apprécie. Au contraire, le jugement de 1906 tranche la question aussi nettement qu'on puisse le faire. Posant le principe d'après lequel le banquier n'est qu'un simple transmetteur d'ordres, il déclare que le mandat est rempli par leur transmission ; et reconnaissant que le banquier est en droit d'obtenir des justifications des mandataires substitués, il dit : « Si le donneur d'ordre soutient que son mandataire est en droit d'exiger de ses mandataires, ses coulissiers, les preuves et les justifications de leur mandat, preuves et justifications que l'intermédiaire aurait ensuite à soumettre à son propre mandant, il y aurait lieu d'observer que les coulissiers tenus de fournir des justifications à leur donneur d'ordre seraient en

1. Trib. civ. Angoulême, 24 décembre 1901 ; *Gaz. Trib.*, 16 fév. 1902.

« droit de s'opposer à ce que celui-ci se dessaisisse
« des documents justificatifs pour les remettre à des
« tiers, avec lesquels ils n'ont pas traité, et qui leur
« sont à bon droit demeurés inconnus, ou que ceux-
« ci prennent connaissance même sur place desdits
« documents. »

Le principe de cette formule a déjà été exprimé précédemment en ce qui concerne la production de l'engagement ; la question avait été réservée au point de vue de la substitution de mandataire. Si l'idée du jugement est juste en soi, et si les termes qui l'énoncent sont parfaitement exacts, on ne voit pas très bien comment cette idée trouvera son application. Les documents dont il s'agit, sont ou bien le bordereau de l'intermédiaire en Bourse, ou ses livres. Quant au bordereau, il faut qu'il puisse être produit ; c'est la justification élémentaire du mandat de transmission d'ordre, qui n'est établi d'une manière certaine que par cet unique moyen. Mais quant aux livres, on sait qu'ils ne sont pas soumis à communication, et que la représentation en est seule permise. Comment donc le banquier aurait-il à en refuser la production à son client ? Il faudrait supposer qu'il ait obtenu amiablement la communication des pièces établissant l'exécution, telle que l'intermédiaire l'a réalisée. Il est bien évident qu'en cette hypothèse, de nombreuses raisons, la volonté tacite de celui qui a livré ses livres de plein gré, et le secret profes-

sionnel, s'opposeraient absolument à ce que le banquier les divulguât.

Le système adverse qui affirme le droit à la justification, a été adopté par un arrêt de la Cour de Paris du 8 février 1906 (*Gaz. Pal.*, 22 mars 1909). Cet arrêt ne se contente ni de la production des livres du banquier, répertoire, livre-journal, ni des duplicata d'avis d'opéré et bordereaux de liquidation émanés du coulissier ; il exige la production des livres mêmes de celui-ci : « Vainement, en effet, dit la « Cour de Paris, le banquier soutiendrait qu'ayant « rendu tous les comptes et fourni à l'appui tous « les documents, auxquels il pouvait légalement et « pratiquement être tenu, il a satisfait à ses obliga- « tions, sous prétexte qu'il est impuissant et irrece- « vable à contraindre le tiers, celui-ci pouvant, selon « lui, demeurer étranger aux relations qui se sont « établies entre le donneur d'ordre et le banquier. « Le mandant, en effet, ne saurait, en dehors d'une « convention expresse constatant cette dérogation aux « principes généraux, voir restreindre son droit de « surveiller la réalité, la régularité et les conséquen- « ces financières ou autres des opérations de tous genres « qu'a comportées l'exécution complète et définitive du « mandat, quels que puissent être la complexité des « opérations qui ont conduit à sa réalisation, et le « nombre et la nature des interventions, auxquelles le « mandataire a été obligé ou a jugé bon de recourir. »

Cette argumentation pouvait se soutenir dans l'es-pèce, car, quoi qu'ils prétendissent, les défendeurs en justification n'étaient pas de simples banquiers, mais des coulissiers admis sur le marché. Si la Cour a voulu formuler une décision d'une portée générale, c'est trop peu d'affirmer qu'il faut une convention expresse, pour décharger le banquier de son obligation de rendre compte de son sous-mandataire. La substitution de mandat est réglée par les termes formels du Code civil. Or le fait par un client de charger un banquier de la transmission d'un ordre entraîne ratification tacite d'une substitution absolument nécessaire. Il s'agit ici d'une commission exécutée en son propre nom par l'intermédiaire. L'action directe prévue par l'article 1994 disparaît par conséquent. Mais les rapports juridiques que cet article fait naître, sont indépendants l'un de l'autre; les deux actions dont le mandant jouit, directe et oblique, sont sans aucun lien entre elles. Si donc l'une s'éteint, l'autre n'en reçoit pas une efficacité plus grande. Ici l'action directe est absente, l'action contre le mandataire s'arrête à lui, par l'effet de la commission; ce n'est pas une raison suffisante pour écarter l'article 1994, dont les dispositions restent entières sur le principe de la substitution et sur ses effets, et pour donner au mandant une action spéciale, qu'aucun texte ne prévoit, et qui ne peut en aucune manière se confondre avec l'action en reddition de compte, dont le

spéculateur jouit contre le banquier. Action qui aurait pour but, on l'a vu, de contraindre celui-ci à exercer un droit qui lui est purement personnel.

Cette solution a sans doute des inconvénients et présente quelques dangers. Le banquier pourrait, grâce à une entente avec le coulissier, organiser frauduleusement des jeux d'écritures, qu'un rapprochement entre les livres des deux complices dévoilerait seul, si les opérations ne se trouvaient pas exactement portées de part et d'autre. Lorsque l'annotateur de l'arrêt signalé (*Gaz. Pal.*, 22 mars 1906) parle de méthode tournante, il vise vraisemblablement la combinaison, qui consiste en une double opération contradictoire, par laquelle en fin de compte, le banquier se trouve en contre-partie avec son client. L'examen du livre de caisse, qui doit, s'il n'est faussement tenu, porter à une date déterminée la même somme au crédit et au débit de l'intermédiaire, joint à celui du répertoire qui relève jour par jour chacune des opérations, permet de déjouer cette manœuvre. S'il y a une complicité de faux, les principes généraux s'évanouissent, puisque toutes les tromperies peuvent être tentées.

En résumé l'on se trouve ici au point de vue du donneur d'ordre, qui en définitive n'a d'autre justification à demander que la reddition de compte relative au mandat restreint qu'il a volontairement transmis, alors surtout qu'en fait, quelque irrégularité

qui ait été commise à l'encontre des lois, il n'en obtient pas moins tout le bénéfice de son ordre. Rien ne semble prévaloir contre ce double argument : l'applicabilité de l'article 1994, l'inexistence absolue de tout rapport juridique entre l'intermédiaire en Bourse et le donneur d'ordre, qui implique l'indépendance des deux ordres de rapports qui unissent le mandant au banquier et le banquier au coulissier. La défense par laquelle le banquier prétendait ne pouvoir obtenir de justifications de son mandataire personnel est sans valeur ; agissant comme demandeur principal, il a le droit de faire produire les preuves. Le donneur d'ordre n'a pas à entrer en cause, pour refuser des opérations qui seraient déclarées nulles au profit du banquier. L'action que celui-ci exercerait contre son client serait manifestement sans cause.

Quelques lignes suffiront à l'exposé du système intermédiaire qu'ont admis plusieurs arrêts. La décision la plus caractéristique est celle du tribunal de commerce de la Seine, rendue le 9 janvier 1907 (*Gaz. Pal.*, 8 mars 1907) : « En tous cas, dit ce jugement, « l'action directe du mandant contre le coulissier, « mandataire substitué, doit être écartée comme mal « fondée, lorsque le banquier ne s'est pas borné à « produire les avis d'opéré relatifs aux opérations « faites par le coulissier, mais qu'il a justifié de la « réalité desdites opérations, en réglant dès leur exi-

« gibilité les comptes de liquidation de ce dernier,
« aux mêmes cours et dans les mêmes conditions que
« celles appliquées au client, et en justifiant de l'appli-
« cation à celui-ci des opérations effectuées. Au sur-
« plus si le client peut avoir un droit de contrôle
« direct, il lui appartient de l'exercer avant la liqui-
« dation des opérations, alors que les avis d'opéré
« lui étaient envoyés régulièrement. Le banquier n'est
« point tenu de formuler des réserves dans le règle-
« ment avec son coulissier, alors que son mandant
« n'en a point exprimé, et quand il a réglé avec son
« coulissier par net appoint, il ne saurait être tenu
« de faire justifier par celui-ci de la réalité des opé-
« rations faites par lui. »

Le dispositif du jugement fait mieux comprendre la contradiction qu'il implique : « Attendu que les
« opérations, objet du compte de liquidation dont le
« solde est réclamé, ont été réglées par net appoint
« par le banquier au coulissier, que par suite le ban-
« quier demandeur en paiement de solde ne saurait
« être tenu de faire justifier par le coulissier de la
« réalité et de la régularité des opérations faites par
« eux, et dont ils justifient suffisamment à l'égard du
« commettant. »

Donc le tribunal reconnaît le droit à la justification, faite par le mandataire substitué, puisqu'il le limite au règlement définitif, et par ailleurs il admet que cette justification résulte au regard du banquier

du règlement avec le coulissier, de telle sorte que ce règlement est lui-même une justification suffisante. Or, il est bien évident que pour le donneur d'ordre, un règlement vaut tout au plus comme une ratification intentionnelle que son mandataire donne aux actes dont il lui faudrait, pour obéir au principe admis par le tribunal, prouver la régularité. Et ce règlement lui-même, comment sera-t-il établi qu'il n'est pas simplement simulé, sinon par les livres du mandataire substitué, qui prouvent à la fois et sa sincérité et la régularité des opérations ? Si l'on accorde que les bordereaux de coulisse et les livres du banquier suffisent, n'est-ce pas nier le droit à la justification indirecte que l'on prétend sanctionner ? Il faut donc s'en tenir strictement aux principes logiques : ou bien le droit existe et le banquier est en faute de mettre son client hors d'état de l'exercer, il doit donc à la liquidation formuler des réserves au sujet de son obligation de rendre compte ; ou bien le donneur d'ordre n'a aucun droit pour obtenir une preuve émanée d'un tiers, qui n'a aucun rapport juridique avec lui.

Un dernier motif, conséquence du fait que le banquier agit en son propre nom, porte à adopter ce système : c'est que ce banquier est du croire, et qu'en conséquence le client est pratiquement garanti contre les illégalités que l'intermédiaire en Bourse commettait de concert avec son mandant, puisqu'il peut

toujours réclamer l'exécution intégrale de la commission, à celui qu'il en a chargé. Les exceptions opposées par le coulissier au banquier, exception de jeu, nullités d'ordre public, ne le privent pas des bénéfices de son ordre. La règle n'est-elle pas générale, et doit-elle souffrir exception quand la situation réciproque se présente?

Quant à prétendre enfin, comme le font certains annotateurs d'arrêts, que dans l'état actuel du marché libre rien ne permet de dire que le banquier ne puisse exécuter lui-même en coulisse les opérations sur valeurs non cotées, c'est méconnaître le fait matériel de l'impossibilité où il se trouve ; c'est en s'inclinant au contraire devant cette nécessité de la substitution, qu'il est permis d'en induire la volonté tacite du commettant. Ces annotateurs admettent du reste volontiers que le mandant a une action directe contre le mandataire substitué, sans s'arrêter à considérer que le banquier agit en son propre nom, sous l'obligation du secret professionnel, et ils l'autorisent à l'exercer, même après un règlement définitif intervenu entre celui-ci et le coulissier. C'est partir d'un point de vue, si directement contraire à celui qui fut envisagé ici, qu'il légitime toutes les déductions que l'on en tire.

L'étude se trouve ainsi terminée, des moyens de preuve par lesquels le mandataire est appelé à rendre compte de sa gestion, soit qu'il exécute lui-même, auquel cas il lui faut produire ses livres et l'engage-

ment délivré par son confrère, si les juges ne se croient assez informés par la présomption qui résulte de la réception des bordereaux et des comptes, soit qu'il fasse exécuter par un sous-mandataire, auquel cas il lui suffit de produire ses livres et le bordereau que l'intermédiaire a dû lui délivrer.

La contestation peut être suivie en justice, ou donner lieu à un arbitrage. Elle peut aussi se terminer par une transaction. Mais la transaction est impossible, si son objet est une opération nulle d'une nullité d'ordre public. La Cour de cassation a fait l'application de ce principe dans un arrêt du 17 janvier 1882, où elle confirmait celui de la Cour de Paris, résumé en ces termes : « Une transaction ne peut
« avoir pour effet de couvrir le vice originaire d'une
« créance entachée dans son principe d'une nullité
« d'ordre public et spécialement de convertir une
« dette de jeu en une obligation civile efficace. »

Il en serait de même si l'article 76 avait été violé. La raison pour laquelle la transaction est dépourvue de valeur, ne réside pas dans l'erreur de droit ; car l'article 2052 du Code civil, qui lui attribue entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, déclare qu'elle n'est pas attaquerable pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion. Ce qui vicie la transaction portant sur un acte absolument nul, c'est le caractère illicite de la cause. La transaction est annulable pour défaut de cause, et la cause illicite

n'a pas juridiquement plus de valeur qu'un défaut complet. Or, tandis que les tribunaux ont parfois quelque difficulté à apprécier si la transaction a une cause suffisante aux yeux de la loi, le fait que cette cause est un acte nul, les éclaire aussitôt sur l'autorité qu'il convient d'accorder à la convention transactionnelle des parties.

Sous cette réserve, il est permis de dire qu'elles ont le droit de transiger librement sur la demande en justification du donneur d'ordre. Un jugement du tribunal de commerce de la Seine dit que lorsque les parties ont consenti à transiger devant l'arbitre rapporteur, le donneur d'ordre n'est pas fondé à invoquer la nullité de son consentement, pour le motif qu'il ne l'aurait donné qu'en voyant l'arbitre affirmer la régularité des opérations, alors que celui-ci aurait été trompé et aurait formé son opinion sur des documents inexacts, s'il n'apporte pas la preuve pertinente du dol dont il se plaint (5 mai 1904) (1). Il s'agit ici d'une espèce où la transaction se rapproche fort d'une justification, puisqu'elle la suppose faite devant l'arbitre. Elle permet néanmoins de découvrir une application de la règle, d'après laquelle la transaction est rescindable, quand il y a dol de la part d'une des parties (article 2053). Et comme de juste la preuve du dol incombe à celui qui l'invoque.

1. *Droit fin.*, 1904, 458.

CHAPITRE VI

De l'application des cours.

Parmi les diverses obligations auxquelles sont soumis les mandataires qui se chargent de négocier des marchés à terme, dont les principales ont été écartées de cette étude, il en est une qui doit être exceptée : l'obligation, lorsque l'ordre a été donné au mieux, d'exécuter au cours même du jour, où la négociation a lieu. Quand ce devoir a été violé, est née la question de savoir si la nullité du marché était encourue.

Voici comment le fait se pratique : l'intermédiaire, qu'il exécute lui-même, ou par l'entremise d'un tiers, délivre au donneur d'ordre un bordereau où il majore le prix d'achat, diminue le prix de vente et modifie en proportion ses droits de courtage, pour que l'irrégularité n'apparaisse pas par un simple calcul ; le donneur d'ordre se trouve débité d'une somme supérieure à sa dette réelle, crédité d'une somme inférieure à celle qui lui est due. Et l'intermédiaire soustrait la différence.

Les intermédiaires qui se livraient à ce commerce ont décoré la rémunération qu'ils se reconnaissaient

légitimement acquise, du nom de commission. Ils ont même prétendu, lorsqu'ils réalisaient l'opération sans couverture, qu'ayant dû faire l'avance du prix, ils agissaient comme courtiers bailleurs de fonds, et que cette qualité leur permettait de stipuler l'intérêt qu'ils jugeaient raisonnable. Mais ces prétextes perdent toute valeur devant cette remarque évidente, que si en matière commerciale l'intérêt est libre, et si la commission peut être aussi élevée qu'il convient au donneur d'ordre de l'accorder, encore faut-il que son taux ait été fixé librement entre les parties, et ne soit pas le fruit d'une dissimulation.

La jurisprudence a hésité entre deux systèmes pour corriger cet abus. Le premier qui est aussi le plus ancien (1) semble moins en faveur aujourd'hui. Un jugement du tribunal de commerce de la Seine (1^{er} octobre 1896; *Droit fin.* 1897.224) en offre un exemple: « Quelque blâmable que puisse être l'application « de cours inexacts d'achat et de vente de la part « d'un mandataire, ce fait ne saurait néanmoins avoir « pour conséquence d'entraîner la nullité des opérations, mais simplement le redressement du « compte. » C'est cette nullité qu'un jugement postérieur du tribunal civil de la Seine prononçait le

1. Trib. com. Seine, 1^{er} octobre 1896, *Droit fin.* 1897, 224 ; Paris, 19 janvier 1901, *Gaz. Trib.*, 30 mai 1901 ; Trib. com. Seine, 26 avril 1905, *Droit fin.* 1905.295 ; et *Pand.*, 1905.2.411 ; *Gaz. Pal.*, 1905.2.290 ; *La Loi*, 11 juillet 1905 ; *Journal Trib. com.*, 1907.74.

9 janvier 1901 (*Le Droit*, 26 févr. 1901). Et revenant sur sa jurisprudence, il ordonnait de nouveau un redressement de compte, le 26 avril 1905 (*Droit fin.* 1905.2.295). Quels motifs engagent à admettre l'une plutôt que l'autre de ces deux solutions ?

On a fait ce raisonnement : lorsqu'il y a majoration des cours, l'opération a été exécutée à des cours réels ; les comptes seuls qui ne modifient nullement le fait accompli, ont été établis sur des bases fictives et inexactes. Mais dès lors que l'opération a été réellement effectuée, elle n'est pas annulable. Il n'y a qu'une faute de la part du mandataire dont il doit une réparation qui est obtenue, si les comptes sont redressés et rétablis sur le chiffre des cours véritables.

En examinant les conditions dans lesquelles cette fraude se réalise, et comment l'intermédiaire parvient à donner à une majoration des cours l'apparence de la sincérité, on voit mieux les conclusions qui paraissent devoir être adoptées. Le procédé le plus simple est celui-ci : l'intermédiaire exécute avec un de ses confrères, il porte sur son répertoire, sous un numéro d'ordre, l'opération qu'il a effectuée avec lui, au cours exact du marché, avec le nom de sa contre-partie, et toutes les indications exigées par la loi ; l'opération est assurément valable dans les rapports de l'acheteur et du vendeur. Puis l'intermédiaire délivre à son donneur d'ordre un bordereau, par lequel il lui applique les opérations portées au numéro déterminé

de son répertoire, bordereau où il majore les cours qui ont été réellement pratiqués et ses courtages. Il n'y a alors qu'une seule et même opération, une simple faute dommageable commise par le mandataire, dont un examen des livres révélera tout à la fois l'existence et la portée; il ne semble pas qu'il soit possible de prononcer la nullité pour cet unique motif.

Mais l'intermédiaire peut manœuvrer différemment et c'est devant cette combinaison que le jugement du 9 janvier 1901 a prononcé la nullité (1). Il porte comme précédemment sur son répertoire l'opération réellement effectuée, mais il en reproduit la mention sur le même répertoire, en modifiant le chiffre des cours et celui des commissions, et en inscrivant, au lieu du nom de la contre-partie, la formule: compte-maison ou compte-commission. Le bordereau qu'il délivre à son donneur d'ordre reproduit cette dernière mention. Mais ici encore l'examen des livres laisse la faute du mandataire se dévoiler; et celui-ci est dans l'impossibilité de se défendre dans aucun sens. Si le donneur d'ordre l'attaque en justification de la réalité des opérations, il sera convaincu du défaut de contre-partie signalé par ses propres livres.

1. Trib. civ. Seine, 9 janv. 1901, *Le Droit*, 26 fév. 1901; Paris, 24 nov. 1906, *Gaz. Trib.*, 13 déc. 1906; Douai, 17 mars 1908, *Revue juridique*, 1908, 515, et *Droit fin.*, 1909, 118; Douai, 6 mai 1908, *Revue juridique*, 1908, 522.

Il ne saurait se défendre, en prétendant qu'il a réellement exécuté et qu'un simple jeu d'écritures est intervenu sans modifier l'opération. Il ne peut en effet se prévaloir de sa fraude pour se justifier; c'est de sa propre volonté qu'il a appliqué l'opération par un contrat direct à son donneur d'ordre, sans que le contrat ait été rendu valable par une convention préalable intervenue entre eux. Et le tribunal s'en tenant aux faits dont le répertoire lui fournit une suffisante preuve, est en mesure de prononcer la nullité des opérations pour défaut de contre-partie. C'est l'hypothèse que visent la plupart des jugements qui se déterminent en ce sens, décomposant ainsi l'opération apparente, qui est unique, en deux opérations, distinctes de par la manœuvre même du mandataire. Tels sont les motifs d'un arrêt de la Cour de Paris (24 nov. 1906; *Gaz. Trib.*, 13 décembre 1906) qui traduit l'ensemble de ce système: « Considérant qu'il
« résulte des documents de la cause, et notamment
« du répertoire de Ch. V. et C^{ie}, que ceux-ci se sont
« livrés à une double opération sur laquelle deux
« droits ont été perçus, qu'ils ont acheté d'abord
« dans des maisons de coulisse pour leur propre
« compte aux dates ci-dessus indiquées les valeurs
« litigieuses du marché, que cette première opération
« figure sur leurs registres au compte-maison ou
« compte-commission, ce qui est identique, que par
« une seconde opération ils ont revendu les mêmes

« valeurs dont ils étaient devenus propriétaires, en
« majorant les cours, et se sont ainsi rendus les con-
« trepartistes de leur client sans son autorisation et
« à son insu.

« Considérant que ces procédés employés par Ch. V.
« et C^{ie} sont d'autant plus regrettables qu'ils n'a-
« vaient pour but que de tromper M... sur le taux des
« cours qui lui étaient appliqués, que ces opérations
« sont donc irrégulières et doivent être annulées. »

Il est permis de croire que cette seconde considération n'ajoute rien à la force de l'argument. Mais elle fait distinguer l'idée exacte d'une jurisprudence, qui prononce la nullité, même lorsqu'il est établi et qu'elle sous-entend que l'irrégularité de l'opération provient uniquement du jeu d'écritures et non pas d'une véritable inexécution. La non-application immédiate du marché réellement effectué au donneur d'ordre constitue l'intermédiaire propriétaire des valeurs, que le marché soit au comptant ou à terme, et ce sont ces valeurs qui lui appartiennent qu'il revend à son client. Il en est de même dans l'hypothèse inverse, où le donneur d'ordre est vendeur et où la vente réellement effectuée en Bourse ne coïncide pas avec celle que le mandataire porte sur ses répertoire et bordereau pour l'accomplissement de son mandat. Il est devenu dans l'intervalle acheteur des titres, et la vente qu'il en fait pour son compte à la Bourse ne regarde pas son client. La perception d'un dou-

ble droit par le Trésor est en quelque sorte le critérium de la distinction.

Jusqu'à présent, c'est le fait d'une application inexacte de cours effectivement pratiqués et cotés, qui a été examiné. Pour l'envisager dans la simplicité des motifs qui peuvent ou non, comme on a tenté de le démontrer, faire prononcer la nullité, il faut supposer évidemment que l'ordre transmis était un ordre au mieux, et que l'application faite, quoique différente des cours exacts, rentrait néanmoins dans l'échelle des cours divers que la valeur négociée avait présentés à la Bourse du jour de l'exécution: L'intermédiaire infidèle s'est alors contenté de profiter d'une fluctuation qui lui est favorable, lui permettant une manœuvre que l'examen seul de la cote ne révèle pas au donneur d'ordre. Mais cette hypothèse se complique du fait que l'intermédiaire a établi son bordereau sur des cours qui n'ont pas été relevés à la Bourse indiquée. Aux raisons exposées plus haut et qui justifient la nullité, vient s'en ajouter une autre qui suffit du reste à les suppléer: la violation du mandat donné à l'intermédiaire. En ce cas, ce n'est plus l'article 1596, disant que ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par autrui, les mandataires des biens qu'ils sont chargés de vendre, qu'il faut appliquer, mais l'article 1998 d'après lequel le mandat n'est pas tenu de ratifier ce que le mandataire a exécuté en excédant ses pou-

voirs. C'est ce que fait la Cour de Douai, le 17 mars 1908, lorsqu'elle décide que la majoration des cours par un banquier ne doit pas être considérée comme une application inexacte des cours, nécessitant un redressement de compte, mais comme une violation formelle par le banquier de son mandat : l'espèce présentait ce fait caractéristique que la formule d'ordre, signée par le spéculateur, portait une surcharge de date, mise de façon à faire coïncider le cours qui lui avait été appliqué, avec celui du jour que portait la date fausse. L'arrêt d'ailleurs déclare, qu'en agissant de la sorte le banquier s'était constitué contre-partie, ce qui ne résulte pas, à notre avis, du simple fait de la majoration des cours, mais de la tenue même du répertoire, comme il a été dit précédemment. L'opération ayant été exécutée au jour dit et étant en elle-même réelle et régulière, si l'intermédiaire n'a fait que délivrer à son client un bordereau non conforme à son répertoire, il a commis une simple faute, et il n'y a rien là qui constitue le vice de contre-partie, puisque évidemment la falsification du bordereau n'a pas pour effet de rendre l'intermédiaire propriétaire des titres négociés.

La Cour de Douai s'est laissé entraîner à confondre en principe la fraude qui résulte de la majoration des cours, et la faute qui consiste dans la non-exécution au jour indiqué. S'il y a de l'un et l'autre côté une cause de nullité, ces causes sont distinctes.

Il ne faut pas ériger en règle absolue que la majoration des cours constitue par elle-même une cause de nullité et une violation du mandat.

Indépendamment du point de vue civil, la majoration des cours a donné lieu à une controverse de droit pénal. La Cour de Paris et la Cour de Rouen (1) se sont mises en opposition avec la Cour de cassation, lors d'une poursuite intentée par le ministère public contre un coulissier, convaincu d'avoir délivré de faux bordereaux à son client, et elles l'ont condamné pour escroquerie, alors que la Chambre criminelle avait jugé, le 8 août 1907, que les bordereaux inexacts ne constituaient que des mensonges écrits, indépendants de toute répression pénale, quelles que fussent les dispositions matérielles de ces bordereaux.

Pour qu'il y ait escroquerie, il faut que des manœuvres frauduleuses aient été pratiquées, pour faire croire, comme dans le cas présent, à l'existence de fausses entreprises. La simple délivrance d'un bordereau, émané du mandataire, portant l'en-tête de sa maison et contenant des mentions fausses, constitue-t-elle une manœuvre frauduleuse, en dehors de toutes circonstances de fait propres à aggraver la tromperie commise ?

1. Paris, 31 mai 1907, *Droit fin.*, 1907, 334 ; Cass. crim., 8 août 1907, *Droit fin.*, 1907, 466 ; Rouen, 6 décembre 1907, *Gaz. Trib.*, 27 déc. 1907 et *Droit fin.*, 1908, 35.

La Cour de Paris, pour l'admettre, a raisonné sur les idées suivantes. On sait que la jurisprudence a parfois reconnu que de simples mensonges suffisent à constituer les manœuvres frauduleuses, lorsqu'ils émanent d'une personne inspirant nécessairement confiance par sa qualité, — un agent de change par exemple, — et lorsque l'intervention d'un tiers est venue donner crédit à ces allégations mensongères (Cassation, 9 janv 1863 ; D. *J. G.* vol, escroquerie, 753). Lorsqu'il s'agit, comme dans l'espèce, d'un banquier, simple transmetteur d'ordres, qui délivre un bordereau constatant des opérations effectuées par ministère d'agent de change, ce bordereau par sa forme, sa disposition, les mentions imprimées et les chiffres manuscrits qu'il contient, est censé calqué sur celui que l'agent de change a délivré au banquier. Celui-ci emprunterait donc à l'agent de change la présomption de véracité, que les écrits émanés d'un officier public doivent mériter, et en outre il y aurait, par le fait de cette référence à l'exécution faite par l'agent de change, l'intervention plus ou moins formelle du tiers, que requiert la jurisprudence. Il faut bien remarquer qu'il ne peut s'agir ici d'un intermédiaire exécutant en Bourse ; le propre bordereau même inexact du banquier-coullissier ne saurait par lui-même produire les manœuvres frauduleuses. Et pourtant quelle différence y a-t-il au point de vue de la situation des parties ? Qu'il s'agisse d'un cou-

lissier ou du banquier transmetteur d'ordres, le fait dont ils se rendent coupables n'est-il pas identique, et les moyens semblables? Une différence est pourtant possible entre eux, quant à la créance que le donneur d'ordre accorde plus facilement peut-être au banquier, censé n'avoir rien d'autre à faire que de transmettre l'ordre, et de faire connaître ensuite à son client, sans y rien modifier, et pour ainsi dire sans s'y mêler, les comptes et le bordereau fournis par l'intermédiaire. Une question assez délicate se présente ici, que les tribunaux jugeront plus facilement en fait qu'il n'est possible de la résoudre en droit; et c'est pourquoi l'on comprend la divergence qui s'est accusée entre les juges du fait et la Cour de cassation : celle-ci ayant cassé l'arrêt de Paris pour déclarer qu'il ne s'agissait que de mensonges écrits, la Cour de Rouen revint à la solution première, mais avec des motifs différents. Une autre règle de jurisprudence veut que lorsqu'il y a une combinaison d'actes extérieurs, n'ajoutant même rien de nouveau au mensonge primitif, mais le corroborant, la force probante qui s'en dégage suffise à constituer les manœuvres frauduleuses et le délit d'escroquerie. C'est ce qui se rencontrait assurément dans l'espèce, le banquier, lorsque l'erreur avait été découverte, ayant voulu se justifier par une simulation postérieure, en écrivant à son client une lettre où il était dit : « Sur notre réclamation (à l'agent de change) » et ayant

fait à son client une réduction qui ne ramenait pas encore le solde du compte à la somme exacte qui était due.

Cette dernière solution paraît inattaquable. Mais, on le voit, ce n'est plus uniquement le bordereau qui produit l'escroquerie, à tel point que celle-ci n'est même réalisée que lors de l'envoi postérieur de la lettre fallacieuse. En tous cas, cette escroquerie ne pourrait être commise que par un transmetteur d'ordres. N'y a-t-il pourtant une hypothèse où un banquier coulissier, en délivrant un bordereau falsifié, se rendait coupable du même délit ? Il ne s'élève aucune controverse à propos de l'agent de change : sa qualité d'officier public et la confiance qu'elle doit inspirer à ses clients lui défendent, sous peine de tomber sous le coup de l'article 405 du Code pénal, la moindre tentative de ce genre. On sait la rigueur avec laquelle la loi le punit en cas de faillite. Mais le fait pour un coulissier de majorer les cours est une escroquerie, si les mentions portées sur ses livres tendent à dissimuler au donneur d'ordre l'inexactitude des comptes, en même temps qu'elles sont disposées de façon à masquer la nullité même de l'opération. S'il n'y a d'autre faute à reprocher à l'intermédiaire que d'avoir délivré un bordereau, qui n'est pas en conformité avec ses livres, on ne peut non plus lui imputer aucune manœuvre. S'il a porté au répertoire au lieu du nom de la contre-partie, qui

figure sous un numéro d'ordre différent avec d'autres conditions d'exécution, la formule compte-maison ou compte-commission, il n'y a pas davantage escroquerie. Mais les manœuvres existeraient, et aussi l'intervention d'un tiers, s'il inscrivait comme contre-partie le nom de son cocontractant, avec qui il a opéré à des cours différents. Le droit qu'a le donneur d'ordre agissant comme demandeur ou comme partie civile, d'exiger la production des livres est un élément d'appréciation. Malgré que le mandant en ait la jouissance, il se peut que les circonstances aient déterminé suffisamment sa conviction, pour l'engager à régler son mandataire. Mais les actes extérieurs ne constituent une manœuvre frauduleuse, en confirmant un bordereau mensonger, que s'ils sont susceptibles de tromper le donneur d'ordre. Et celui-ci ne le serait pas, si, possédant l'expérience des choses de la Bourse, il sait qu'un simple examen des livres suffit pour déjouer les tentatives de l'intermédiaire.

CHAPITRE VII

De la liquidation.

La liquidation ou la compensation des affaires engagées à terme sur le marché officiel se fait :

Une fois par mois pour tous les fonds d'État français, les actions de la Banque de France, du Crédit foncier de France, et des chemins de fer français ; deux fois par mois pour toutes les autres valeurs. C'est l'article 176 du Règlement général de la Compagnie des agents de change de Paris, qui le déclare, rendu en exécution de l'article 82 du décret du 7 octobre 1890, prévoyant qu'il serait statué par des règlements particuliers, délibérés par les Compagnies d'agents de change, en ce qui concerne les délais de livraison, d'acceptation et de paiement, et les rapports tant entre agents de change, qu'entre ceux-ci et leurs clients, ainsi que les conditions d'exécution des marchés. Le Règlement général détermine la manière dont la liquidation s'opère, en distinguant entre celle de fin de mois et celle de quinzaine. La première dure cinq jours : à la première Bourse du mois suivant, liquidation de tous les fonds d'État

français ; à la deuxième, liquidation de toutes les autres valeurs. Le troisième jour de la Bourse est réservé au travail intérieur de chaque agent de change. Le quatrième est consacré au pointage des capitaux entre les commis liquidateurs de chaque charge. Le cinquième, ont lieu, par l'intermédiaire de la Chambre syndicale, la remise des effets et le paiement des capitaux. La liquidation de quinzaine dure quatre jours : à la première Bourse qui suit le 15, liquidation de toutes les valeurs qui se négocient deux fois par mois. Le deuxième jour est réservé au travail intérieur de chaque agent de change. Le troisième est consacré au pointage des capitaux entre les commis liquidateurs de chaque charge. Le quatrième, ont lieu par l'entremise de la Chambre syndicale la remise des effets et le paiement des capitaux.

La liquidation s'opère à un cours uniforme, fixé par le syndic ou les deux adjoints de service, et qu'on nomme cours de compensation. C'est sur ce cours que les agents de change peuvent, si les clients y consentent, compenser les opérations d'achat et de vente qui se contrebalancent. C'est à ce même cours que l'on se réfère, si l'opération, ne se traduisant pas par une livraison effective des titres, se résout par le simple paiement d'une différence : différence entre le prix du marché, et le cours ainsi fixé à l'échéance. Le règlement particulier édicte encore quelques mesures propres à amener la livraison des effets de

l'agent de change vendeur à l'agent de change acheteur, et le paiement du solde en capitaux entre eux tous. Il est dressé des feuilles indiquant le relevé de tous les soldes en effets et en capitaux, qui sont vérifiées, pointées, balancées et soldées, puis remises au secrétaire général, qui fait dresser quatre états séparés, comprenant : 1° les valeurs à livrer avec les quantités et les noms des vendeurs ; 2° les valeurs à lever avec les quantités et les noms des acheteurs ; 3° les capitaux à payer avec les noms des débiteurs ; 4° les capitaux à recevoir avec les noms des créditeurs.

Ensuite a lieu la livraison des titres au secrétaire général, accompagnée d'un bordereau signé de l'agent de change livreur, et le paiement des capitaux qui est fait par l'agent de change débiteur à la Banque de France, dont le bulletin est également remis au secrétaire général. Celui-ci fait la remise totale des titres entre les mains de l'agent de change acheteur, et fait créditer les comptes de tous les agents de change créanciers à la Banque de France.

Entre les membres du Syndicat des banquiers en valeurs à terme, la liquidation centrale se fait suivant des procédés analogues. Il n'y a qu'une liquidation par mois. Les opérations en sont centralisées par la Chambre syndicale ; toutes sont compensées de droit entre les adhérents, au jour de la liquidation, de manière à faire ressortir en argent et en titres les

soldes réciproques entre chacun d'eux. Les cours de compensation sont fixés par la Chambre syndicale, d'après ceux qui sont cotés le jour de la liquidation.

Celle-ci commence le dernier jour du mois, et dure cinq jours. Le premier, les engagements sont liquidés, et les reports opérés. Le jour suivant, les soldes de la liquidation entre les membres du marché sont pointés, et le lendemain les feuilles sont remises au siège de la Chambre syndicale. Cette remise faite, le solde général en argent et en titres de chaque maison est établi le même jour, aux conditions fixées par la Chambre syndicale. Le quatrième jour, les débiteurs en argent doivent verser leur solde en un mandat sur la Banque de France. Les créiteurs touchent le leur le cinquième jour. Pour les soldes en titres, les livraisons se font également le cinquième jour, suivant les indications de la Chambre syndicale.

Ces règles régissent la liquidation qui a lieu entre les intermédiaires, de toutes les opérations conclues pour le terme échu. Ayant agi en leur nom, ils la font exclusivement entre eux, pour se mettre à même de faire à leurs donneurs d'ordre la livraison des titres achetés ou le paiement des titres vendus. Il s'ensuit dans les rapports de l'intermédiaire et du client une liquidation particulière, qui peut recevoir diverses solutions. Mais auparavant il faut signaler l'obligation dans laquelle le donneur d'ordre se trouve, de fournir à son mandataire les espèces et les titres qui lui per-

mettent de se libérer de son engagement vis-à-vis de sa contre-partie.

La position d'un spéculateur à terme se liquide de trois manières distinctes. Le mode normal est celui auquel la liquidation centrale aboutit en principe ; il se traduit par une levée ou une livraison réelle des titres. L'acheteur paie comptant et reçoit les valeurs que le vendeur lui livre contre espèces. L'échéance du terme a eu pour effet de transformer l'engagement à terme en un marché au comptant.

L'article 64 du règlement particulier de la Compagnie des agents de change établit les délais, dans lesquels la livraison ou le paiement doivent être faits par le mandataire à son client. L'agent de change doit tenir à la disposition du donneur d'ordre, dès le lendemain de la clôture de la liquidation, soit les fonds, soit les titres, s'il s'agit de titres se négociant au porteur. Quant aux titres qui se négocient uniquement sous la forme nominative, ils doivent être à la disposition du donneur d'ordre, le jour de la quatrième Bourse, qui suit la clôture. Un certain nombre d'articles du règlement général, dont nous n'avons pas à exposer l'économie, fixent les conditions et l'état dans lesquels le titre doit être livré, muni de ses coupons ou d'un certain nombre d'entre eux, un au moins.

Le règlement du Syndicat des banquiers à terme ne fixe pas de règles particulières, en ce qui concerne le délai, dans lequel le banquier doit l'exécu-

tion à son client. Mais, — et il en est de même dans les marchés conclus au parquet, — il y est dit que le titre peut être livré par le vendeur démuní du prochain coupon, à condition qu'il en paie, s'il y a lieu, le montant intégral, déterminé sur le cours du change.

Une règle générale en matière d'opérations à terme veut que les intermédiaires ne soient pas tenus de se livrer les numéros mêmes des titres qu'ils ont été chargés de négocier pour leurs clients. Il leur suffit de livrer à l'acheteur des titres de même nature, en nombre égal, et se trouvant dans des conditions absolument identiques.

L'acheteur, ayant pris livraison des titres, est libre de les faire revendre immédiatement en Bourse et de liquider ainsi sa propre position vis-à-vis de son mandataire, de telle sorte que, suivant qu'il y ait eu hausse ou baisse des valeurs entre le cours du premier marché à terme et le cours de l'échéance ou de compensation, il se trouve créancier ou débiteur envers l'intermédiaire, de la différence qui ressort en sa faveur ou à son détriment.

Si l'acheteur n'a pas les moyens de lever les titres en liquidation, ou le vendeur de les livrer, ils peuvent se les revendre. La position, tant de l'acheteur que du vendeur, se trouve par le fait même liquidée, et leurs engagements se résolvent par une différence à payer ou à recevoir, suivant qu'il y a une hausse ou une baisse. Cette solution du marché à terme entraîne

un résultat analogue à celui qui résulterait d'un simple jeu sur les différences. Mais c'est le fait que les parties ne s'accordent à son sujet qu'au jour de la liquidation et non d'une commune intention, contemporaine du marché lui-même, qui la distingue de ce dernier.

La position du spéculateur à terme peut enfin être prolongée pendant la durée de la liquidation suivante par l'opération appelée *report*. Le *report*, — comme on le verra quand il s'agira d'en déterminer la nature, — éteint entièrement en principe l'opération à terme primitive. L'une des parties, soit l'acheteur à terme, soit le vendeur, obtient le résultat qu'elle se proposait de retirer du marché, la livraison des titres, ou la levée des titres et le paiement du prix. Le *report* s'effectue au cours de compensation, et se traduit en fait pour celui qui y a recours, par le paiement de la différence entre le prix du marché à terme originairement conclu et le cours de compensation.

Telles sont, au moment de la liquidation et suivant le parti que prend le donneur d'ordre, les obligations auxquelles il est tenu envers son mandataire : lui verser les espèces jusqu'à concurrence du prix, ou lui livrer les titres, si le marché se réalise normalement ; en toute autre hypothèse, lui verser le montant de la différence entre le prix du marché au jour de la passation du contrat en Bourse, et le cours de com-

pensation. L'intermédiaire est du reste en droit, avant de prendre des engagements pour un client, d'exiger une couverture, en particulier quand le donneur d'ordre a déjà chez lui un découvert important. Et le refus du client de verser cette couverture l'autorise à refuser l'exécution. (Trib. com. Seine, 3 mai 1906 ; *Droit fin.*, 1906, 327.) Quand elle existe au moment de l'échéance, elle équivaut au paiement des différences, et garantit au mandataire le remboursement des sommes qu'il a payées peut-être de ses propres fonds, pour se procurer les titres qu'un vendeur ne lui aurait pas livrés. On étudiera la nature de la couverture, en même temps que le règlement définitif, avec qui elle a un rapport étroit. Jusqu'alors il suffit de connaître le rôle qu'elle remplit.

Outre le refus d'exécution légitimement opposé par l'intermédiaire, le défaut de versement d'une couverture entraîne les mêmes sanctions que l'inaccomplissement des obligations du donneur d'ordre. Elle autorise le mandataire à procéder à la liquidation d'office de son client (1), dont il sera bientôt question. Les conditions sont les mêmes dans les deux cas, s'il n'y a pas de couverture, ou que les différences ne soient pas payées. Une mise en demeure préalable est nécessaire (2). La liquidation d'office ne doit

1. Lyon, 6 nov. 1896 ; *La Loi*, 18 déc. 1896.

2. Trib. com. Marseille, 26 mai 1896 ; *Rec. Marseille*, 1896.1.219.

avoir lieu qu'à terme, car le bénéfice du terme est acquis au débiteur par l'effet du contrat. Il en résulte que si l'intermédiaire a accepté d'exécuter un ordre de Bourse sans couverture, que cet ordre porte sur un marché à terme ordinaire ou sur un report, il n'a pas le droit d'exiger ultérieurement la garantie omise, et sur le refus du client de lui en verser le montant, de le liquider d'office (Trib. com. Seine, 31 mars 1897 ; *La Loi*, 21 avril 1897) (1).

Mais dès que le terme est expiré, il a le droit de refuser le report de l'opération, à moins qu'une couverture ne lui soit donnée en garantie. C'est la conséquence du même principe (Trib. civ. Seine, 25 mai 1908 ; *Revue jur. Op. Bourse*, 1909, 123) (2). Le jugement indiqué déclare que le mandataire est seul juge de sa quotité. Il y a des réserves à faire : il semble qu'il faille ici établir une distinction entre l'agent de change, et tout intermédiaire libre, banquier ou cou-lissier. L'agent de change est un officier ministériel obligé à ce titre de prêter ses services à quiconque y a recours. Il est soumis au contrôle des tribunaux, qui peuvent lui ordonner de réduire la quotité de la couverture à un chiffre qui ne soit pas, contre un

1. Trib. com. Seine, 28 déc. 1899 ; *Gaz. com. Lyon*, 22 fév. 1900.
Trib. com. Seine, 14 déc. 1907 ; *La Loi*, 12 mai 1908.

Contra : Paris, 6 mai 1897 ; *La Loi*, 9 sept. 1897.
Toulouse, 26 nov. 1907 ; *Gaz. Pal.*, 18 déc. 1907.

2. Trib. com. Seine, 23 octobre 1907 ; *La Loi* 6 novembre 1907.

donneur d'ordre déterminé, prohibitif de toute négociation. Il en est autrement pour un intermédiaire libre, à qui il est permis de refuser à son gré ses offices aux ordres d'un spéculateur. Mais l'un et l'autre de ces mandataires sont soumis à l'autorité de leur Chambre syndicale, et celle du Syndicat des banquiers en valeurs à terme possède les moyens de coercition nécessaires, pour contraindre un de ses membres à s'incliner. Seul un banquier serait tout à fait libre de refuser des ordres, nul ne pouvant le contraindre. Mais l'intérêt des intermédiaires rend cette hypothèse tout à fait impratique, puisqu'il leur suffit d'avoir une couverture exactement déterminée, pour couvrir le risque, et dont la quotité se mesure par conséquent par une juste appréciation des risques à courir et de la solvabilité éventuelle du client.

Liquidation d'office ou exécution.

Lorsque le donneur d'ordre est défaillant, l'intermédiaire a le droit de le liquider d'office, en d'autres termes de l'exécuter. S'il s'agit d'un vendeur qui n'a pas livré les titres, son mandataire a dû, pour remplir ses obligations vis-à-vis de sa contre-partie, les racheter en Bourse au cours de compensation, faire par conséquent lui-même ce que le vendeur à découvert aurait dû faire, pratiquement en donnant l'ordre de racheter les valeurs au comptant. L'intermédiaire,

les livrant à l'acheteur à terme, en touche le prix et se trouve, à l'égard de son client, créancier de la différence, qui forme la perte de celui-ci. Ce que l'on appelle à proprement parler exécution, a plus spécialement lieu à l'encontre d'un acheteur. A la liquidation, l'intermédiaire a pris livraison des titres en payant le prix de ses propres deniers ; si l'acheteur ne le lui restitue pas dans un délai déterminé, il revend les titres au comptant en liquidation, et touche un prix généralement inférieur à celui du marché à terme, puisque autrement le donneur d'ordre ne se serait pas refusé à en prendre livraison. L'intermédiaire est donc créancier de son client pour la différence.

Cette exécution est un phénomène juridique analogue à ceux que fait naître l'application du droit commun en matière de vente ; c'est l'article 1144 du Code civil, qui fixe le principe en disant : « Le créancier « peut, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exé-
« cuter lui-même l'obligation aux dépens du débi-
« teur. » « Le vendeur a en outre le droit (arti-
cle 1184) de faire résoudre le marché », de sorte qu'il a le choix, si l'acheteur ne se livre pas entre deux partis, faire résoudre la vente, ou revendre les marchandises aux risques de l'acheteur.

Il ne s'agit ici que d'un mandataire, et non pas d'un vendeur ; il n'est par conséquent que créancier et n'a pas d'action en résolution à exercer, puisqu'il n'y a

pas de contrat de vente entre lui et le donneur d'ordre. Mais en tant que créancier, a-t-il le droit de revendre les titres, de telle sorte que l'obligation de l'acheteur envers lui soit partiellement exécutée, par le paiement du prix des titres vendus au comptant, et que la différence dont il lui réclame le montant constitue les dommages-intérêts, dus par suite de l'inexécution ?

Que décider lorsque le vendeur ne livre pas ? Si son mandataire a été contraint de racheter les titres non livrés, pour satisfaire à l'obligation où il était de les livrer lui-même, c'est que cette obligation était sanctionnée par le droit de l'acheteur de se remplacer, c'est-à-dire d'acheter personnellement les titres, en s'en faisant payer la différence (1). L'intermédiaire, n'étant pas acheteur, n'a pas le droit de faire résoudre le marché ; mais l'inexécution des engagements du donneur d'ordre, envers lui, créancier des titres, justifie-t-elle la pratique du remplacement, auquel l'intermédiaire est tenu ?

Les auteurs admettent (Lyon-Caen et Renault. *Précis Dr. Com.*, n^{os} 412 et 420) qu'en matière de vente commerciale, le remplacement ou rachat et la revente sont permis, et que l'article 1144 du Code civil s'applique, sans qu'il soit strictement nécessaire, comme les termes de cet article semblent le

1. Trib. com. Seine, 4 janv. 1906 ; *La Loi*, 7 mars 1906.

prévoir, qu'un jugement les vienne autoriser. La rapidité indispensable aux transactions commerciales, et plus encore aux marchés financiers, légitime cette dérogation à la règle générale.

Le droit de l'intermédiaire de réclamer l'exécution du marché, de se remplacer dans une vente à terme, d'exécuter dans un achat à terme, droit conforme aux usages de la vente commerciale consacrés par les termes du Code civil, et étendus par analogie à l'hypothèse d'une commission, droit que les termes généraux du même article 1144 établissent en faveur de tout créancier, fût-il mandataire, a néanmoins été contesté, et la Cour de cassation s'est longtemps refusée à en reconnaître le principe. Dès le 8 novembre 1854, elle décide que l'intermédiaire n'a pas le droit d'aliéner les valeurs qu'il ne détient qu'à titre de dépôt, et dont la propriété est irrévocablement acquise à son client.

La Cour, il est vrai, ne statuait que dans l'hypothèse du marché au comptant ; et voici quel était son raisonnement. Les actions achetées sont la propriété du donneur d'ordre, donc l'intermédiaire ne peut en disposer sans son consentement ; elles constituent entre ses mains un gage sur lequel il a seulement le droit de rétention. Or, aucune raison ne permet d'admettre que le mandataire puisse aliéner le gage sans observer les formalités prescrites par le Code civil, c'est-à-dire soit l'acquiescement du débiteur,

soit le jugement du tribunal, ou celles qu'établit l'article 93 du Code de commerce. D'ailleurs, aux termes de l'article 13 de l'arrêté du 27 prairial an X, l'agent de change ne doit opérer que lorsqu'il est nanti des effets qu'il vend, ou des sommes nécessaires pour payer ceux qu'il achète. S'il a commis une faute en négligeant cette règle, il ne doit en réparer les conséquences qu'au moyen des procédés légaux. Si du reste l'aliénation opérée par l'intermédiaire est irrégulière, et s'il a excédé ses pouvoirs de mandataire, l'irrégularité est couverte par une ratification du mandant ; conséquence déduite par la Chambre des requêtes dans un arrêt du 13 juin 1883 (D. 84.1.232) (1) déclarant que la ratification ne se présume pas.

Si ce raisonnement est exact, lorsqu'il s'agit d'une opération au comptant, est-il juste de l'appliquer aux marchés à terme, que le vendeur conclut fréquemment à découvert, pour lesquels l'acheteur ne saurait immobiliser le prix total jusqu'au jour de l'échéance ? Considérant néanmoins que les titres livrés à l'intermédiaire acheteur ne constituent entre ses mains qu'un gage, M. Crépon s'est tenu aux conséquences juridiques du gage, et a appliqué aux marchés à terme les mêmes règles qu'aux opérations au comptant. Il en résulte pour l'intermédiaire cette fâcheuse alternative : n'ayant pas commis la faute qui pourrait lui

1. D. 91.2.358 ; D. 91.2.221.

être reprochée dans un marché au comptant, exposé au risque de l'insolvabilité du débiteur, il serait responsable envers celui-ci, après l'exécution théoriquement irrégulière, de la hausse possible des titres revendus, et au cas contraire, gardant par devers lui les titres, dont la mauvaise qualité se révèle par le fait du défaut de prise de livraison par le donneur d'ordre, il se trouverait exposé à tous les risques de baisse. On conçoit que ceux-ci étant normalement plus grands sur des titres déjà dépréciés que les chances de hausse, la pratique de l'exécution ne soit introduite, et qu'on ait étendu à l'intermédiaire, puisqu'en fait après la réalisation du marché à terme il se trouve aux lieu et place du vendeur, les règles qui sanctionnent la non-exécution des obligations de l'acheteur, envers un vendeur avec lequel il est en rapport direct.

Avec quelque rigueur que M. Crépon applique les principes du gage, faut-il admettre également que la nécessité dans laquelle l'intermédiaire vendeur, à qui son client ne fait pas la livraison à l'échéance, se trouve de racheter aussitôt des titres au comptant sur le marché, ne crée pas en sa faveur un droit à réclamer au spéculateur défaillant le paiement de la différence ? Ce paiement constitue les dommages-intérêts qu'entraîne l'inexécution : pour qu'ils puissent être réclamés, il faut toujours une mise en demeure. Mais la différence ne ressort pas moins d'une liqui-

dation d'office, réalisée sans mise en demeure. Et si la pratique du rachat n'est évidemment sujette à aucune critique, celle de la revente doit-elle être condamnée? Le droit de liquider les titres non payés est corrélatif à celui de remplacer les titres non livrés. Le mandataire, dans un cas comme dans l'autre, exerce les droits qu'un vendeur ou qu'un acheteur exercerait dans la même situation.

Il ne peut être question ici de subrogation ni conventionnelle, ni légale. Par suite des règles de la commission, et quoi qu'il en soit au fond des choses, l'intermédiaire est tenu non pas pour son client, mais en son propre nom. Et néanmoins quels sont les vrais bénéficiaires de l'opération, le véritable créancier, le véritable débiteur, sinon le vendeur et l'acheteur, tous deux donneurs d'ordre? Les motifs qui ont fait de la subrogation une institution de droit commun, se manifestent particulièrement ici. Le vendeur, s'il était créancier direct, la consentirait à celui qui le désintéresse. L'analogie est surtout frappante avec la subrogation légale, et si l'on s'arrêtait à l'apparence des termes, significative des intentions du législateur, nuls ne se trouveraient plus en accord avec cette hypothèse, que ceux de l'article 1251, § 3 du Code civil, quand ils accordent la subrogation à toute personne, qui était tenue pour d'autres. Or tandis que s'il était subrogé dans les droits du créancier, l'intermédiaire aurait légalement le droit de

réclamer au vendeur défaillant la différence résultant d'un rachat obligatoire de titres, et à l'acheteur, celle par laquelle se solderait, après la revente, son compte débiteur, il faut reconnaître que, restant simple mandataire, il n'a que celui d'exercer les actions du mandat contre le donneur d'ordre, pour se faire indemniser de ses avances (article 1999, Cod. civ.).

On doit voir dans l'exécution une création réalisée par les besoins de la pratique, et dont le principe est actuellement sanctionné, en ce qui concerne l'agent de change, par le décret du 7 octobre 1890. L'intermédiaire de Bourse, quand il a rempli ses obligations envers sa contre-partie, se trouve donc bénéficiaire, quoique mandataire, des mêmes actions que cette contre-partie pourrait exercer contre lui en vertu du contrat de vente, exactement comme s'il lui était légalement subrogé. Mais encore une fois ce n'est qu'une analogie, puisque le débiteur de l'intermédiaire n'est jamais le débiteur de celui avec qui ce dernier a conclu le marché, et que par conséquent aucune subrogation n'est possible.

On a vu qu'à l'époque où la Cour de cassation considérait, comme une violation du mandat de la part de l'intermédiaire, le fait d'exécuter le donneur d'ordre sans acquiescement préalable, elle admettait qu'une ratification postérieure validait la liquidation irrégulière. Encore fallait-il, puisque le donneur d'ordre exécuté était considéré comme propriétaire

du gage réalisé, que la revente en eût été faite dans les conditions de réalité et de régularité, prescrites pour toutes les opérations. Or quand il avait cru à tort que l'exécution avait eu lieu de cette façon, par l'intermédiaire d'un agent de change et avec une contre-partie réelle, en d'autres termes sans que son mandataire se fût simplement appliqué le gage, sa ratification viciée par l'erreur était nulle, et le donneur d'ordre était encore en droit d'exiger la livraison de ses titres. La question se pose aujourd'hui de savoir s'il est permis à l'acheteur de se prévaloir de la nullité d'une exécution irrégulière, ou même si la liquidation peut être irrégulière, si, en somme, par le fait du non-accomplissement des obligations de son client, après mise en demeure, l'intermédiaire ne pourrait faire la vente pour son compte personnel, et se soustraire aux dispositions de l'article 76, sans que le donneur d'ordre eût aucun contrôle sur une opération étrangère à lui.

Le droit du donneur d'ordre d'exercer l'action en nullité reste entier. Aucune résolution du marché n'est intervenue; même demandée par un vendeur, il faut qu'elle soit prononcée en justice, et l'intermédiaire qui est mandataire et non pas vendeur, n'est pas admis à y avoir recours. L'acheteur est donc devenu propriétaire dès l'échéance du terme, et c'est pour son compte que la liquidation a lieu. Son mandataire se charge en quelque sorte pour lui d'une

gestion d'affaires, dont la ratification est forcée ; le liquidé a le droit de se prévaloir des vices qui sont susceptibles de l'annuler. Depuis le décret du 7 octobre 1890, cette hypothèse ne paraît plus s'être manifestée en pratique. Le fait qu'elle s'est présentée auparavant, vers 1878, permet néanmoins de la concevoir. Si la liquidation d'office d'un intermédiaire a lieu par les soins de la Chambre syndicale, à l'autorité de laquelle il est soumis, il n'en est pas de même de l'exécution d'un spéculateur par son intermédiaire ; la faute est possible.

Le décret du 7 octobre 1890 formule expressément la règle, en élargissant encore le droit de l'agent de change à exécuter le donneur d'ordre ; l'article 69 est ainsi conçu : « Lorsque le donneur d'ordre n'a point, « le premier jour de la liquidation des diverses va-
« leurs et avant la Bourse, remis à l'agent de change, « suivant les cas, les titres accompagnés, s'il y a lieu, « de la déclaration de transfert, ou les fonds accom-
« pagnés, le cas échéant, de son acceptation, l'agent « de change peut exercer, sans qu'il soit besoin d'une
« mise en demeure préalable et à l'égard de toutes « les opérations engagées par le donneur d'ordre en
« défaut, les droits spécifiés à l'article 59. Les droits « de l'agent de change sont les mêmes à l'égard du
« donneur d'ordre, dont les opérations ont été re-
« portées en tout ou en partie, s'il ne remplit pas ses « obligations avant la fin de la liquidation. » C'est-à-

dire que l'agent de change a le droit de procéder, sans mise en demeure, aux risques et périls du donneur d'ordre, à l'achat de valeurs semblables, ou à la vente des valeurs acquises.

Le règlement du Syndicat des banquiers en valeur à terme ne reproduit pas de règle semblable. Mais le règlement des banquiers au comptant l'édicte expressément. Le principe seul de la règle est intéressant à constater dans un règlement syndical, qui ne contient naturellement que les prescriptions par lesquelles sont régis les rapports des adhérents entre eux. L'article 26 peut s'appliquer exactement aux opérations à terme, d'autant plus que l'échéance du terme les transforme en marchés au comptant : « Après l'expiration du délai spécial au marché du comptant, l'acheteur pourra mettre en demeure son vendeur par lettre recommandée, en avisant immédiatement la Chambre syndicale. » Celle-ci opérera d'office le rachat à la sixième Bourse qui suivra le jour où elle aura reçu l'avis ci-dessus. Il en est de même des relations entre le coulissier et son client, sinon que la Chambre syndicale n'a pas à intervenir. L'usage équivaut à une convention tacite, qui remplace celle par laquelle les coulissiers sont expressément liés entre eux.

La différence qu'on remarque entre le texte du décret de 1890 et celui de ce règlement, manifeste la distinction qui s'impose entre les banquiers-coulis-

siers et les agents de change : ceux-ci se sont vu conférer par le décret un privilège spécial. L'article 69 porte en effet que l'agent de change exerce ses droits, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure préalable. Le règlement des banquiers dit au contraire que le vendeur de titres doit être mis en demeure par lettre recommandée.

Le droit commun veut que pour obtenir des dommages-intérêts, — et les dommages-intérêts sont ici déterminés avec exactitude par la différence entre le prix du marché et celui de l'échéance, — l'acheteur qui se remplace, ou le vendeur qui revend, mettent leur adversaire en demeure (Lyon-Caen et Renault, *Pr. Dr. com.*, p. 296), à moins qu'il n'y ait eu convention contraire. Il faut distinguer à ce sujet entre les opérations de Bourse qui restent des actes civils, et celles qui deviennent des actes de commerce ; la mise en demeure est différente dans les deux cas. En matière civile, elle ne résulte que des actes indiqués par le Code civil, c'est-à-dire d'une sommation ou de tout acte équivalent, si la convention ne déclare que, par la seule échéance du terme, le débiteur est constitué en demeure. « En matière commerciale au contraire, la mise en demeure résulte, soit d'un des actes énumérés par le Code civil, soit de tout autre par lequel le juge estime que le créancier a manifesté d'une façon suffisante sa volonté d'être payé ; ainsi le débiteur serait constitué en demeure par

« une lettre missive que lui aurait envoyée le créancier. » (Lyon-Caen et Renault.)

L'agent de change se distingue donc de tout intermédiaire non privilégié en ceci, que jamais il n'est obligé de recourir à un avertissement préalable, même si l'opération dont il a été chargé par un donneur d'ordre, étant restée isolée, n'a pas pris un caractère commercial. La seule échéance suffit toujours pour lui permettre de liquider d'office son client, qui ne remplit pas ses engagements : tandis qu'au contraire l'intermédiaire libre, soumis au droit commun, coulissier ou banquier non admis sur le marché, doit adresser une sommation par acte d'huisier à son débiteur, avant de liquider sa position, si celui-ci n'a pas exécuté chez lui une série d'opérations telle, qu'elle ait donné aux différents marchés la nature commerciale. Cette hypothèse est moins commune que l'hypothèse contraire, et c'est pourquoi l'on peut dire qu'une lettre recommandée suffit presque toujours, pour empêcher un spéculateur exécuté d'invoquer le défaut de mise en demeure.

Tels sont les principes qui régissent cette matière. On verra les conséquences qu'en a tirées la jurisprudence. Il importe de remarquer que le fait de ne pas remplir ses engagements à l'occasion d'un marché déterminé entraîne la liquidation d'office de toutes les opérations engagées chez l'intermédiaire par le donneur d'ordre en défaut. C'est un effet de la

règle d'après laquelle, dès qu'il s'élève une contestation entre le client, soit qu'il nie avoir donné des ordres, soit qu'il soulève des griefs contre leur exécution pour se refuser à la reconnaître, et l'intermédiaire, celui-ci a le devoir impérieux de liquider immédiatement et d'office la position de son client (Lyon, 17 février 1904) (1).

Le droit pour l'intermédiaire de liquider d'office a été sanctionné sans exception par la jurisprudence depuis le décret de 1890. Lorsqu'il y a eu mise en demeure, la Cour de cassation condamne le client au paiement des différences, qui constituent le solde du compte (Req., 5 fév. 1900 ; D., 1900.1.359). Le tribunal civil de la Seine a même jugé que l'achat devait être considéré comme conditionnel, la levée des titres étant subordonnée au paiement (16 juin 1899) (2) ; il semble que ce soit confondre le terme et la condition. Le même tribunal a rendu un jugement, dans lequel il s'agissait d'un donneur d'ordre opérant par l'intermédiaire d'un même couliissier à Paris et à Londres. Ce spéculateur avait ordonné de liquider ses engagements sur la place de Londres, et avait été liquidé d'office à Paris, après une mise en demeure d'y régulariser sa position. Il n'y avait rien là que de parfaitement normal, et la complexité de la situation n'était qu'apparente (3).

1. Trib. com. Seine, 31 déc. 1896 ; *La Loi*, 16 fév. 1897.

2. *Droit fin.*, 1899, 321.

3. Trib. civ. Seine, 6 août 1903. *Droit fin.*, 1906, 74.

La jurisprudence s'est prononcée à de nombreuses reprises depuis le décret du 7 octobre 1890, sur le droit de l'agent de change de liquider sans mise en demeure la position de son client. La Cour de cassation a rendu le 30 avril 1897 (*Le Droit*, 9 mai 1897) un arrêt, qui s'appliquait à l'hypothèse d'effets publics achetés à terme par un agent de change dans une opération de Bourse antérieure au décret de 1890. Elle décide que les titres n'ont pu être revendus par l'agent de change sans un ordre du client, ou d'après la règle ordinaire du droit commun, sans une mise en demeure d'avoir à fournir les fonds, pour le paiement des valeurs à l'échéance.

Depuis que le décret est entré en application, la seule échéance du terme suffit pour donner à l'agent de change le droit de liquider d'office (Trib. com. Seine, 3 juin 1897 ; *Gaz. Pal.*, 1897.2.231). On conçoit qu'il en soit de même en matière de report, car la situation de l'intermédiaire et du donneur d'ordre ne diffère pas, suivant qu'ils sont liés par la négociation des marchés à terme, ou par le report de ces marchés. Le droit d'exécution de l'agent de change est identique (Trib. com. Seine, 10 août 1899 ; *J. Trib. com.*, 1901, 195). Il y aura lieu, à propos du report, d'examiner si l'agent de change a le droit, au lieu de liquider d'office, de reporter la position de son client, sans un ordre de celui-ci.

Mais si l'article 69 établit en faveur de l'agent de

change la faculté de liquider son client d'office, il ne lui en fait pas un devoir. Les termes mêmes du décret le prouvent. L'agent de change n'est pas tenu de revendre les titres, si le client ne lui verse pas les sommes nécessaires, et la non-exécution de ses obligations ne doit pas être considérée comme une manifestation tacite de sa volonté de voir les opérations liquidées. Le donneur d'ordre aurait intérêt, le cas échéant, à se prévaloir d'une obligation de cette espèce, si elle existait à la charge de l'intermédiaire. Car si les valeurs qu'il n'a pas levées, n'ont pas été revendues, il en reste propriétaire. C'est donc lui qui supporte les pertes éventuelles, et l'agent de change pourra lui demander le paiement du prix du marché, qui n'est que l'exécution des engagements du mandant envers le mandataire. Il faut considérer la liquidation d'office comme un moyen accordé à l'agent de change, pour se garantir contre les risques d'insolvabilité du donneur d'ordre, présumables dès lors que celui-ci ne remplit pas dès l'échéance les obligations qui lui incombent (Rennes, 10 juillet 1907 ; *Gaz. Pal.*, 4 nov. 1907).

La conséquence de cette idée est que le donneur d'ordre n'a pas davantage le droit de se plaindre, si l'agent de change n'a pas revendu les titres, dès le premier jour de la liquidation (1). L'article 69 dit que

1. *Trib. com. Lyon*, 14 septembre 1906 ; *Gaz. com. Lyon*, 3 juillet 1907.

le donneur d'ordre doit avoir remis les fonds ou les titres à l'intermédiaire, le premier jour de la liquidation des diverses valeurs et avant la Bourse. En règle générale, la liquidation se fait le premier jour, et les jours suivants sont consacrés aux opérations qui lui sont consécutives. Il n'en est pas de même quant à l'exécution, et la jurisprudence reconnaît à l'agent de change la faculté, s'il n'a pu revendre les titres dès le premier jour, de continuer l'exercice de son droit pendant les jours suivants (1). Le droit d'effectuer la liquidation d'office devrait être exercé pendant les cinq jours ou les quatre jours spécialement consacrés à la liquidation centrale (Trib. civ. Seine, 31 août 1904, *Gaz. trib.*, 30 sept. 1904). D'après la jurisprudence, l'agent de change qui laisse passer la fin de la liquidation, doit attendre la suivante pour procéder à l'exécution, et en principe, toute exécution opérée dans l'intervalle est abusive et expose l'agent de change à des dommages-intérêts, qui s'élèveraient jusqu'à concurrence de la différence entre le cours où la liquidation aurait eu lieu à tort, et le cours de compensation du terme suivant (Paris, 12 avril 1900; *Droit fin.*, 1900, 231).

Cette règle est fondée sur le principe que le bénéfice du terme est acquis conventionnellement à celui dans l'intérêt de qui il est stipulé. Si l'on prenait la

1. Lyon, 21 avril 1904; *Mon. Lyon*, 2 juin 1904.

solution qui vient d'être exposée dans un sens absolu, ce serait admettre que le fait de laisser passer le cinquième jour de la liquidation sans exécuter le client vaut de la part de l'intermédiaire concession d'un nouveau terme au donneur d'ordre en défaut. Peut-être y aurait-il lieu de distinguer suivant les diverses solutions que reçoit l'opération ainsi laissée pour compte ?

Si l'intermédiaire a négocié un report pour le compte de son mandant, qui l'a laissé sans instructions et sans argent, ce report constitue un nouveau marché à terme, conclu avec une contre-partie, au moins en principe ; et le terme une fois accordé au reporté ne semble pas pouvoir lui être enlevé par la volonté de l'intermédiaire seul, qui n'est pas censé contractant dans l'opération de report. Et si l'on accorde que le report direct soit licite entre le donneur d'ordre et son mandataire, il n'en est pas moins certain que le fait de l'avoir réalisé, vaut concession d'un terme. Il en serait exactement de même dans le cas, non plus d'un acheteur défaillant, mais d'un vendeur qui n'a pas livré ses titres, si l'intermédiaire a eu recours à un report pour se les procurer. Si l'on admet la validité du report d'office, et que l'intermédiaire puisse, par une gestion d'affaires nécessairement ratifiée, créer un lien de droit entre son client, qui est reporteur sans en avoir manifesté expressément le désir, et un prêteur de titres reporté,

le terme du report doit être considéré comme acquis à celui qui reporte ainsi d'office.

Cette solution n'était pourtant pas celle qu'adoptait la Cour de Paris, le 26 décembre 1902 (*Droit fin.*, 1904, 52). Alors qu'il faut approuver la décision, suivant laquelle l'agent de change, chargé par un donneur d'ordre défaillant de reporter ses opérations « au mieux de ses intérêts », ne commet pas de faute, s'il les liquide immédiatement, même hors du temps de la liquidation, alors que les circonstances permettent d'inférer, de la part du donneur d'ordre, l'acceptation des actes ainsi réalisés dans son intérêt, il ne faut pas au contraire ériger en principe qu'un donneur d'ordre, après avoir bénéficié d'un report sans payer ses différences, puisse être liquidé d'office avant le terme. La Cour exigeait, il est vrai, une mise en demeure, et tempérait sa décision par le fait que l'avis de la vente avait été reçu sans protestation ni réserve. Mais l'idée même semble inexacte ; pour que le bénéfice du terme fût dénié au contractant du report, il aurait fallu que, ratifiant d'une manière certaine l'exécution, il y renonçât expressément. L'exécution ainsi réalisée avant terme étant par elle-même irrégulière vis-à-vis du donneur d'ordre, il sera bon qu'un tribunal se montre très circonspect, lorsqu'il s'agira d'inférer de la réception d'une lettre d'avis, la ratification de son destinataire. Le tribunal de commerce de la Seine a proclamé du reste

le principe exactement contraire, en refusant au banquier qui, sans mettre préalablement le client en demeure de lui verser une couverture, reporte le marché à la liquidation prochaine, le droit d'annuler le report et de liquider d'office (20 janvier 1906 ; *La Loi*, 22 mars 1906). Or le paiement des différences ou le versement d'une couverture sont deux événements du même ordre, dont l'intermédiaire a également le droit d'exiger l'accomplissement ; s'il y renonce en accordant un terme à son client, il ne peut plus lui en enlever le bénéfice.

Mais si l'on suppose que, non payé par son donneur d'ordre acheteur, il ait gardé entre ses mains les titres non levés, et ne les ait pas revendus pendant les jours consacrés à la liquidation centrale, est-il juste de prétendre qu'il doive retarder jusqu'à la suivante l'exécution de son client ? En principe, il est certain que non. L'intermédiaire ainsi nanti de valeurs qui le garantissent en partie contre l'insolvabilité du donneur d'ordre, est un simple créancier. Le seul fait de laisser passer la liquidation ne saurait valoir concession d'un terme ; d'autant plus que l'exécution, n'affectant que les rapports particuliers de l'intermédiaire et de son client, et consistant dans la simple négociation en Bourse des titres non levés, n'a aucun lien nécessaire avec la liquidation centrale, qui s'opère aux époques fixées entre agents de change, ou entre coulissiers. La créance du manda-

taire était à terme, mais ce terme est échu le jour où le marché s'est transformé en marché au comptant.

Ne faut-il pas admettre d'ailleurs que l'intermédiaire a un droit de gage tacite sur les titres qu'il détient? On sait que ce droit est reconnu au commissionnaire vendeur sur les marchandises qu'il est chargé de vendre (Planiol, tome 2, n° 2426), et qu'il se fonde sur l'article 95 du Code de commerce qui dit : « Tout commissionnaire a un privilège sur la
« valeur des marchandises à lui expédiées, déposées
« ou consignées, par le fait seul de l'expédition, du
« dépôt et de la consignation, pour tous les prêts,
« avances et paiements faits par lui, et ce privilège
« ne subsiste que sous la condition prescrite par
« l'article 92, c'est-à-dire pourvu que ce gage ait
« été et soit resté en la possession du créancier. »
Aucune raison n'apparaît de restreindre la portée de cet article au seul commissionnaire vendeur. Il faut remarquer que par le fait de la vente et l'échéance du terme, le donneur d'ordre acheteur est devenu propriétaire des titres. Si l'on soutenait que la propriété n'est pas passée directement sur sa tête, il faudrait reconnaître que le vrai propriétaire, en cas de non-paiement du prix, n'est autre que l'intermédiaire lui-même, ce qui ne permettrait pas de discuter son droit de revendre les valeurs. Mais l'acheteur est propriétaire et le commissionnaire détient les titres en

son nom. Rien n'empêche par conséquent de dire que les titres sont déposés par le donneur d'ordre acheteur, ce qui justifie l'application de l'article 95, le droit de gage et le privilège de l'intermédiaire.

C'est le fondement juridique du droit d'exécuter et il en détermine les conditions : les formalités de réalisation du gage sont seules supprimées. Si donc le terme est échu, l'intermédiaire acquiert par le fait même, grâce à une mise en demeure dont l'agent de change est même dispensé, le droit de liquider d'office et en outre de réaliser la couverture qui forme le complément de son gage, pour se payer de sa créance non soldée.

Pourquoi faire intervenir la notion d'un terme dans le droit d'un créancier gagiste, d'exécuter le gage, si le débiteur ne remplit pas les obligations nées du contrat? Et par conséquent pourquoi limiter aux époques de liquidation la faculté qu'a l'intermédiaire de liquider d'office son client, lorsqu'aucune convention spéciale et qu'aucun report n'ont concédé à celui-ci le droit d'invoquer un terme spécial? S'il est acquis que les intermédiaires ne puissent faire de liquidations d'office en dehors des cinq jours consacrés, il ne faut voir là qu'un usage, formant une convention tacite entre les parties, de telle sorte que le commissionnaire se trouve lié par là même envers son commettant en défaut. Il ne semble pas qu'on puisse assigner à cette règle un autre principe de droit.

Ce qui précède s'applique à tout intermédiaire de Bourse, et même au banquier, simple transmetteur d'ordre dans les rapports entre son client et lui (Trib. com. Seine, 28 septembre 1906) (1). Il en est manifestement de même dans les rapports entre un agent de change ou un coulissier et le banquier qui lui passe des ordres. Quand un coulissier a effectué les opérations sur valeurs cotées au parquet, il est en droit d'invoquer l'article 69 du décret du 7 octobre 1890 et de liquider son client d'office sans mise en demeure préalable (Trib. com. Seine, 9 septembre 1905) (2). Le donneur d'ordre qui s'adresse à un coulissier pour faire des opérations à terme, sur valeurs cotées, sait en effet que son mandataire est tenu de s'adresser à un agent de change et soumis lui-même aux prescriptions de cet article. Dès l'instant où l'exécution a lieu sur le marché officiel, les règles qui régissent toute opération négociée sur ce marché, s'étendent aux rapports des intermédiaires indirects avec leurs clients.

Lorsqu'il y a eu report d'une opération conclue sur le marché libre, et que ce report a lieu sous la condition formelle que le donneur d'ordre acquittera le solde débiteur de son compte, cette stipulation constitue une mise en demeure pour le débiteur, qui légitime la liquidation d'office de ses engagements au terme suivant, et le prive du droit de s'en plain-

1. *Droit fin.*, 1907.485.

2. *Droit fin.*, 1905.450.

dre. Le tribunal est fondé à le condamner au paiement du solde après la revente des titres dont l'intermédiaire est nanti, sans accueillir l'allégation par laquelle il soutiendrait avoir été averti trop tard, pour empêcher son exécution, en versant une couverture. (Trib. com. Seine, 2 mai 1907 ; *Droit fin.*, 1908, 495.)

Seule l'inexécution des obligations du donneur d'ordre justifie la liquidation d'office effectuée par l'intermédiaire. Le fait que celui-ci est lui-même liquidé d'office, pour n'avoir pas rempli ses engagements envers ses confrères, ne l'autorise pas à retirer à ses clients le bénéfice du terme, et à réaliser leurs opérations au jour où il est exécuté personnellement.

L'article 56 du décret du 7 octobre 1890 établit les mesures qui doivent être prises, dans le cas d'un agent de change défaillant : « Lorsque la Chambre
« syndicale a constaté qu'un agent de change cesse
« d'exécuter les marchés qui le lient à ses confrères,
« ces marchés sont liquidés dans les conditions
« déterminées par les règlements prévus à l'article 82,
« en prenant pour base le cours moyen du jour de
« cette constatation. Les créances que cette liquida-
« tion peut faire ressortir en faveur de l'agent de
« change défaillant, ne sont exigibles qu'à l'échéance
« primitive de chacune des opérations liquidées. Les
« donneurs d'ordre sont mis par l'administration
« provisoire de la charge en demeure d'opter sans

« délai, entre la liquidation de leur marché dans les
« conditions ci-dessus spécifiées et le maintien de
« leur position chez l'agent de change défaillant,
« sous réserve, en ce qui concerne les Bourses com-
« portant plus de 40 agents de change, des disposi-
« tions du paragraphe 3 de l'article 55. » Cet arti-
cle expose les moyens grâce auxquels la Compagnie
satisfait aux obligations, non remplies par l'un de
ses membres envers le donneur d'ordre: « Si, en
« dehors de toute contestation sur le fond du droit,
« la livraison ou le paiement n'est pas effectué par
« l'agent de change dans les délais réglementaires,
« le donneur d'ordre peut, après l'avoir mis en
« demeure par acte extrajudiciaire, notifier en la
« même forme, dans le délai de vingt-quatre heures,
« cette mise en demeure à la Chambre syndicale. Au
« reçu de cette notification, la Chambre syndicale
« prend, à l'égard de l'agent de change, les mesures
« propres à assurer l'exécution du marché. Elle
« l'exécute elle-même au besoin, au mieux des inté-
« rêts du donneur d'ordre, et pour le compte, ris-
« ques et périls de l'agent de change en défaut. Elle
« ne peut s'y refuser qu'en dénonçant la situation,
« dans le délai de quinze jours, au président du
« tribunal de commerce. Dans les Bourses compre-
« nant plus de 40 agents de change, la Chambre
« syndicale ne peut se refuser à exécuter le marché
« pour le compte de l'agent de change en défaut,

« dans les limites de la valeur totale des offices de
« la Compagnie, calculée d'après les dernières ces-
« sions, du fonds commun et du montant des cau-
« tionnements. » On le voit, les garanties que le
donneur d'ordre possède contre l'insolvabilité de
son mandataire sont abondantes, et l'on peut dire
qu'à moins de crises exceptionnelles, la faillite de
celui-ci ne constitue pas un risque pour le spécula-
teur. Elle ne lui enlève pas le bénéfice du terme que
son marché comporte, et l'exécution lui en est assurée.

L'article 39 du règlement particulier de la Compagnie des agents de change de Paris fixe les conditions dans lesquelles doit s'effectuer sans retard la liquidation, lorsqu'un de ses membres tombe en faillite, entre lui et tous les confrères avec qui il a des engagements.

L'article 34 du règlement des banquiers à terme établit des dispositions analogues pour la liquidation des marchés conclus entre un banquier défaillant et les autres membres du même Syndicat. Et l'article 35 détermine l'étendue des garanties, qui sont accordées aux donneurs d'ordre, ses créanciers. « Au dit
« cas de défaillance, le versement prévu par l'arti-
« cle 33 » — la Chambre syndicale est autorisée à appeler chaque mois un versement de garantie, dans la proportion qu'elle juge nécessaire, jusqu'à concurrence de 100.000 francs, — « et les soldes résul-
« tant de la compensation entre les opérations en-

« gagées envers chacun des membres du syndicat, « dus au défaillant par ses collègues, constitueront « le gage commun de tous ses créanciers. » La Chambre syndicale des coulissiers est loin de donner au spéculateur autant de garanties que n'en offre la Compagnie des agents de change. Mais cela n'entraîne pas, au contraire, le droit pour le coulissier de liquider d'office son client. Il n'y a pas sans doute de règle formelle, qui précise les droits du donneur d'ordre, comme le fait le décret de 1890. Mais le principe général d'après lequel il n'appartient pas à l'une des parties de priver l'autre du bénéfice du terme, domine les cas particuliers.

Cependant, s'il est aisé de distinguer les conséquences des dispositions qui précèdent, lorsqu'il s'agit d'un agent de change, puisque, si le donneur d'ordre opte pour le maintien de sa position, la Chambre syndicale garantissant l'exécution que le défaillant ne réalise pas, il est assuré de voir l'opération suivre son cours jusqu'à l'échéance, où les titres lui seront livrés contre paiement, où le paiement lui sera fait contre livraison des titres, la solution est moins évidente dans le cas d'un coulissier. Dans la première hypothèse, tous les spéculateurs, clients de l'agent de change, en particulier ceux dont la créance est échue, étant garantis contre son insolvabilité, aucun d'eux n'est admis à se prévaloir de son exécution d'office, pour demander, en vertu de la cessation des

paiements, sa mise en faillite, à moins que, s'agissant d'une Bourse comprenant moins de 40 agents de change, la Chambre syndicale ne se refuse à remplir ses engagements. A l'égard du spéculateur à terme, il n'y a donc ni faillite, ni liquidation judiciaire, et par conséquent la créance à terme ne devient pas immédiatement exigible. Il en résulte qu'il n'a pas davantage le droit de considérer le terme comme anéanti, que l'agent de change défaillant n'a celui de le liquider d'office avant l'échéance. Si dans le courant d'un mois, un agent est personnellement en état de cessation de paiements, les donneurs d'ordre engagés pour le terme suivant ne sont pas fondés à prétendre qu'il leur soit fait application des cours auxquels a lieu la liquidation de l'intermédiaire, au lieu du cours de compensation de l'échéance indiquée. Que par exemple une baisse considérable se produise sur toutes les valeurs à un moment de troubles financiers, baisse qui entraîne la ruine d'agents de change, l'acheteur ne pourra réclamer la liquidation de ses marchés, alors même que le cours ayant encore baissé jusqu'au jour du terme, il n'a pu, par suite de la fermeture de la Bourse, liquider lui-même ses engagements par une revente à terme, effectuée dans l'intervalle. Le fait se présenta à Lyon, pendant le mois de janvier 1882. Après la liquidation de quinzaine, qui ne put être opérée le 15 janvier, la Bourse de Lyon fut fermée. Une société de

crédit, acheteur à terme de deux millions de valeurs, prétendit être liquidée sur le cours coté le jour de la fermeture, et non sur celui de l'échéance, rejetant ainsi la différence à la charge des agents de change. La Cour de Lyon décida, le 26 juillet 1882, que l'intention de revendre avant l'échéance n'était pas une condition essentielle du marché consenti par l'acheteur à terme ; considérant cette intention comme le simple motif déterminant du donneur d'ordre, elle la distingua d'avec la cause de son obligation, qui est la livraison des titres par le vendeur au terme convenu. Elle se basa, en outre, sur le fait qu'il n'avait été prononcé, à l'encontre des agents de change, aucun jugement déclaratif de faillite, pour déclarer le donneur d'ordre acheteur lié par son terme, et lui refuser le droit d'exiger la liquidation avant son échéance.

Telles étaient les solutions pratiquées envers les agents de change, avant le décret de 1890 qui a proclamé le droit d'option. Sont-elles identiques, lorsqu'il s'agit de coulissiers, étant donné que la Chambre syndicale des banquiers en valeurs à terme ne garantit pas l'exécution que ses membres sont impuissants à fournir ? Le coulissier reste seul en cause vis-à-vis de ses clients. Les engagements à terme, achats ou ventes, qu'il avait avec d'autres intermédiaires, sont liquidés, de telle sorte que sa situation se résout à l'égard de chacun d'eux par un

solde débiteur ou créiteur. Les contre-parties ont donc disparu, il ne subsiste plus que des débiteurs ou des créanciers. L'opération à terme négociée pour le compte d'un client, acheteur ou vendeur, n'est pas annulée, le mot lui-même l'indique, elle est exécutée. Mais les obligations que le coulissier a envers son donneur d'ordre et qui sont à terme, n'étant pas remplies, se résolvent en dommages-intérêts, égaux à la différence dont le mandant est privé. C'est ainsi qu'il faut interpréter le principe d'après lequel l'exécution de la position en Bourse d'un coulissier, consécutive à une décision prise par le comité syndical, est inopérante contre les clients du coulissier (Trib. com. Seine, 24 déc. 1896 ; *La Loi*, 18 fév. 1897) ; la conséquence en est que le coulissier doit prendre à sa charge les suites de cette exécution forcée intempestive, autrement dit que la créance du donneur d'ordre ne saurait être différente de celle qu'il aurait eue, si le coulissier avait fait face à ses engagements. (Paris, 2 déc. 1898 ; *Le Droit*, 31 janv. 1899.)

Le marché à terme étant anéanti, l'acheteur a intérêt, dans le cas d'une baisse imminente, à exiger que le cours de la liquidation lui soit appliqué, plutôt que celui du terme. Il ne jouit pas, comme le client d'un agent de change et par l'effet d'une disposition formelle, du droit d'opter entre la liquidation immédiate et le maintien du marché jusqu'à l'échéance. Mais ce droit ne peut-il lui être reconnu

à l'aide des seuls principes généraux ? Le coulissier est tenu des obligations nées de son contrat, et il ne lui appartient pas de les restreindre, en infligeant au donneur d'ordre les cours de son exécution personnelle. Mais du moment que le marché à terme est résolu, le terme lui-même n'existe plus. Ne se produirait-il ici un effet analogue à celui qui aurait lieu, si un créancier non payé après son échéance réclamait la mise en faillite du coulissier ? Les créances à terme deviennent alors immédiatement exigibles, l'acheteur à terme est en droit d'exiger la livraison immédiate des titres achetés, et par conséquent c'est au cours du jour où a lieu la liquidation d'office du coulissier, que le donneur d'ordre fixerait sa créance.

Ce résultat paraît évident, s'il intervient un jugement déclaratif de faillite. Mais au cas contraire ? Le tribunal de commerce de la Seine (précité, 24 déc. 1896) a prononcé à ce sujet un jugement résumé dans la formule suivante : « Si, à raison de son exécution, « le coulissier n'ayant plus de contre-partie a été « contraint de liquider par anticipation, la position « à la hausse d'un client reporté, et ce par une vente « en compensation, cette vente anticipée est nulle et « la nullité de la vente a pour conséquence l'annulation de l'achat à terme. » Cette décision mérite d'être critiquée par tous ses points, et nous inclinons pour atteindre au but moins absolu, mais plus

fondé, de donner la même faveur au client de l'agent de change et à celui du coulissier, vers une conception toute différente. C'est qu'en effet l'opération exécutée dans les rapports des intermédiaires entre eux ne l'est pas pour le compte du coulissier lui-même, mais pour celui de son donneur d'ordre. Elle est réalisée, le terme a disparu, et le mandant peut donc, s'il le préfère, la ratifier à ce jour. Sur quoi le mandataire fonderait-il une action par laquelle il lui réclamerait le paiement d'un solde, pour une opération qui n'a plus aucune existence après la liquidation d'office ?

CHAPITRE VIII

Du report.

La liquidation et le report sont deux phénomènes distincts (1). Le report est effectué en vue de la continuation normale des opérations à terme, après le paiement des différences, et, sauf convention contraire, il présuppose ce paiement (2). Si le report par conséquent n'entraîne pas la liquidation complète des marchés engagés par le donneur d'ordre chez un intermédiaire de Bourse, il nécessite au moins celle de l'opération particulière sur laquelle il porte. Et l'étude doit en être logiquement postérieure.

Normalement, des deux contre-parties primitives, l'une aura intérêt à voir le marché s'exécuter, l'autre à en reculer les effets, suivant qu'une hausse ou qu'une baisse se sera produite. Le vendeur exigera donc le paiement ou l'acheteur la livraison des titres ; entre intermédiaires, cette exécution aura lieu au moyen de la liquidation centrale. Mais si le vendeur préfère

1. Trib. com. Seine, 29 avril 1897 ; *La Loi*, 13 mai 1897.

2. Paris, 7 fév. 1900, *Le Droit*, 18 fév. 1900.

ne pas livrer, si l'acheteur préfère ne pas prendre livraison ni payer, c'est par un report que l'intermédiaire se procurera, soit les titres, soit l'argent. En pratique, le spéculateur n'a rien d'autre à faire qu'à donner à son mandataire l'ordre de reporter ; et les engagements pris par celui-ci en exécution de cet ordre constituent son client contre-partie d'une opération nouvelle, la première étant liquidée entre les deux intermédiaires primitifs, et la différence en étant réglée entre l'intermédiaire et son client, bénéficiaire du report. (Paris, 7 févr. 1900.) Il n'en serait pas autrement dans le cas où les deux contre-parties primitives resteraient les contre-parties du report ; la différence devrait tout de même être réglée. Il faut remarquer du reste que cette circonstance resterait parfaitement inconnue de chacun des donneurs d'ordre, puisqu'ils ne connaissent que leur mandataire. Ce mode de report est parfois appelé direct, par opposition avec le mode le plus fréquent, dit indirect.

Le report est un contrat dont les deux parties sont le reporté et le reporteur. Le premier est, soit un acheteur à terme, spéculateur à la hausse, soit un détenteur de titres qui a besoin d'argent, le reporteur par contre est, soit un capitaliste qui prête ses capitaux, soit un vendeur à terme, spéculateur à la baisse, qui a besoin de titres pour livrer. L'opération consiste pour le reporté à vendre des titres au comptant en les rachetant à terme, pour le reporteur à

acheter au comptant les mêmes titres en les revendant à terme.

Elle doit être examinée successivement au point de vue de l'acheteur à terme qui se fait reporter, du vendeur à terme qui reporte.

L'acheteur à terme, spéculateur à la hausse, s'il n'a pas à sa disposition les capitaux nécessaires lors de l'échéance, ou si la valeur négociée a subi une baisse, et qu'il compte voir la hausse survenir pendant la durée de la liquidation suivante, ordonne à son intermédiaire de négocier un report : celui-ci vendra alors au comptant les titres que l'acheteur ne peut payer ou dont il ne veut se livrer, à un capitaliste qui paiera et se livrera à sa place, ce qui fait que la contre-partie, le vendeur à terme, obtiendra satisfaction. Et d'autre part, l'intermédiaire achètera à terme les mêmes valeurs, vendues au comptant à ce capitaliste qui, à la nouvelle échéance, rentrera donc en possession de ses fonds qui lui seront payés par l'acheteur à terme, et lui livrera les titres dont il a pris lui-même livraison à la précédente liquidation. Le capitaliste reporteur aura fait un placement, et les sommes, prêtées par lui, lui rapporteront normalement un intérêt nommé report. Le spéculateur reporté moyennant le paiement de cet intérêt aura reculé de la durée d'une liquidation la prise de livraison des titres et le paiement du prix.

Le vendeur à terme, spéculateur à la baisse, s'il

voit les titres monter à l'échéance du terme, de telle sorte qu'ayant vendu à découvert, il doive les payer plus cher que le prix auquel il les a vendus à son acheteur, et s'il compte que la liquidation suivante les voie subir une baisse, a recours à un report. Il donne l'ordre à son intermédiaire d'acheter au comptant, à un individu qui a besoin d'argent, des titres que celui-ci a disponibles, et dont néanmoins il ne veut pas se défaire définitivement, et de les livrer à son acheteur qui lui verse le prix, la différence étant acquittée par le vendeur à terme reporteur. Et d'autre part, l'intermédiaire revendra à terme au même individu les titres qu'il lui a achetés au comptant, en lui payant normalement une somme déterminée d'avance, en échange du service rendu, et qu'on nomme le déport. De sorte que le vendeur à terme n'aura à livrer définitivement qu'à l'échéance nouvelle, et que le reporté aura trouvé dans le prêt de ses titres disponibles, l'argent dont il avait besoin. Envisagée à ce point de vue, la combinaison dont il s'agit est parfois appelée déport.

Le report et le déport, prix de l'opération, ne sont pas fixés arbitrairement par les parties. S'il a été dit que normalement le spéculateur à la hausse devait payer un report et le spéculateur à la baisse un déport, cela n'est pas absolu. C'est la loi de l'offre et de la demande, qui établit le taux de l'intérêt dû par le reporté pour les capitaux qu'il reçoit, et le prix

du service dû par le reporteur pour les titres qui lui sont prêtés. Mais s'il est évident que jamais un capitaliste ne prêtera de l'argent, si le placement qu'il fait ainsi ne lui rapporte rien ou lui coûte, la situation est différente, s'il s'agit d'un vendeur à terme et d'un détenteur qui se rendent à chacun et reçoivent en même temps un service. C'est la demande la plus forte sur le marché, selon que les capitaux ou les titres sont abondants ou rares, qui détermine le taux du report ou du déport.

Le report est un contrat qui s'est formé par suite des nécessités de la pratique, dans la première moitié du XIX^e siècle. Le Code civil et le Code de commerce l'ignoraient encore. La question qui se présentait devant une combinaison de cette espèce, dépourvue d'origines juridiques, était de déterminer sa nature ; et elle a été résolue très diversement. Les jurisconsultes se sont efforcés d'assimiler le report à l'un des types classiques de contrats, jusqu'au jour relativement récent où, devant les objections irréfutables que chacun des systèmes présentait, M. le Conseiller Crépon fit admettre par la Cour de cassation la théorie soutenue par M. Deloison, d'après laquelle le report est un contrat *sui generis*. L'arrêt de la Cour de cassation (1) a déterminé la jurispru-

1. Cassat. 1^{er} mars 1897. D. 1897. 1. 411 ; Trib. com. Seine, 30 juin 1897, *La Loi*, 17 août 1897 et *Le Droit*, 17 août 1897 ; Cassat. Req. 6 fév. 1901.

dence, de telle sorte que le report se définit aujourd'hui dans les termes suivants : le contrat de report, contrat spécial, est complet par lui-même, dès lors qu'il réunit les éléments dont il se compose essentiellement, à savoir un achat au comptant et une revente à terme, ou une vente au comptant et un rachat à terme, intervenus simultanément sur les mêmes valeurs entre les mêmes personnes. Et cette définition supprime la distinction que l'on faisait auparavant entre le report et le déport, termes significatifs de l'opération elle-même. Ces deux mots, quand on les oppose l'un à l'autre, ne désignent plus que le bénéfice réalisé, selon les cas, par le reporteur ou le reporté.

Un exposé rapide fera voir le chemin parcouru par la doctrine depuis les temps déjà lointains, où M. Jeannotte Bozérien, dont le traité de la Bourse faisait autorité, déclarait les marchés à terme illégaux et en demandait purement et simplement la prohibition, où le même auteur découvrait une triple illégalité dans les marchés à prime, où Proudhon, dans son *Manuel du spéculateur*, appelait le report une fiction du marché. La loi de 1885 n'était pas encore venue proclamer la validité des opérations à terme. Mais vers 1848, le report était déjà parfaitement en vigueur dans la pratique. La Révolution de février, qui produisit

D.1902.1.575; Paris, 22 mars 1901, *Gaz. Trib.* 14 sept. 1901; Cass. civ., 6 mai 1902, D.1903.1.99 et *Droit fin.* 1902. 281.

sur les cours une baisse considérable eut même pour les reporteurs une conséquence funeste : la liquidation de ce mois n'ayant pu être réalisée, un cours de compensation fut imposé ; détenteurs provisoires, ils furent contraints de garder les titres dépréciés, moyennant une faible indemnité de cette perte imprévue.

M. Jeannotte Bozérian considère le report comme un prêt sur nantissement déguisé sous la forme d'un achat et d'une revente, et déclare en conséquence qu'il doit être soumis à la loi du 3 septembre 1807, limitative du taux de l'intérêt : « Il ne faut pas s'arrêter aux apparences, dit-il, mais voir au fond des choses. En réalité, le capitaliste qui fait valoir ses fonds au moyen du report, joue le rôle de prêteur, et le spéculateur, qui recourt à ce moyen pour pro-
« roger ses opérations, le rôle d'emprunteur. Le titre pour ce dernier est la garantie du prêt, et la différence du prix des deux marchés représente l'intérêt de l'emprunt. »

Le principe de ce système est également celui de M. Mollot et de M. Beudant, avec cette différence, peu justifiable à l'époque où ils écrivaient, puisque la liberté du taux de l'intérêt, consacrée par la loi du 12 janvier 1886, n'existait pas encore en matière commerciale, qu'ils n'admettaient pas que le taux du report fût assujéti à la loi limitative de 1807. Voici ce que disait M. Beudant, à l'occasion d'un arrêt de

la Cour de Paris du 6 janvier 1868 (D. 68.2.1) : « Ce
« qui a trompé la Cour et les auteurs » — qui sem-
blaient reconnaître comme elle le droit d'escompte
en cas de déport, ce mot étant dans l'espèce signifi-
catif du contrat lui-même, — « c'est la forme sous la-
« quelle les opérations se produisent. Le déport, avons-
« nous dit, est un prêt de titres, le report un prêt
« d'espèces. Dans la pratique, ces prêts prennent la
« forme et l'apparence, en cas de report d'un achat
« de titres, en cas de déport d'une vente de titres.
« Un parère célèbre signé des plus grands noms de la
« banque et du commerce, et déposé en 1823 à pro-
« pos d'une affaire Collot-Sandrié, dans laquelle la
« validité même du report est contestée, déclare po-
« sitivement, qu'en cas de report, l'acheteur qui se
« fait livrer les inscriptions, qui les paie et les revend
« à terme, en devient propriétaire, d'où à l'inverse,
« en cas de déport, le vendeur qui livre les inscrip-
« tions, qui en reçoit le prix, et les rachète à terme,
« cesse d'en être propriétaire. Mais il ne faut pas
« exagérer l'importance des formes ; elles ne sauraient
« dénaturer l'essence de la convention. En dégui-
« sant le prêt sous la forme d'une vente, l'usage a
« voulu que l'on ne songeât pas à appliquer ici la loi
« du 3 septembre 1807 sur le taux de l'intérêt ; les
« sommes employées en report ont rapporté à cer-
« taines époques jusqu'à 72 % ; si l'on eût considéré
« le taux du report et du déport comme un intérêt,

« il n'eût pu excéder l'intérêt légal ; et on évite cette
« gêne, en y voyant non un intérêt proprement dit,
« mais le bénéfice d'une revente : Proudhon a vive-
« ment malmené les inventeurs de ce qu'il appelle
« cette fiction du marché. L'usage a voulu ensuite
« soustraire le prêteur aux conditions et aux formes
« de la réalisation du gage, et donner par là plus de
« sécurité à ceux qui se livrent à ces opérations : dès
« que le prêteur, en cas de report, est regardé comme
« propriétaire de l'inscription qu'il achète et revend,
« elle lui restera si, à la liquidation, le reporté est
« devenu insolvable, sans qu'il doive la réaliser, sauf
« recours contre l'emprunteur, ou plutôt d'un agent
« de change contre l'autre. Cette manière d'envisager
« l'opération est donc fort ingénieuse et fort habile,
« mais il n'en est pas moins vrai que, quoique se
« réalisant au moyen d'un achat et d'une revente, le
« report ou le déport ne sont que des prêts : prêt
« d'espèces en cas de report, le taux du report étant
« basé sur la rareté de l'argent, prêt de titres en cas
« de déport, le taux du déport étant basé sur la ra-
« reté des titres. Cela est si vrai que le cours des re-
« ports est coté séparément et ne se confond pas
« avec celui des marchés ordinaires. »

Ce long passage a été cité en entier, parce qu'il contient en lui-même sa propre condamnation. M. Mol-
lot, qui écrivait en 1831, s'en tenait à une conception
plus ancienne, mais aussi plus logique : « On voit,

« disait-il, que le contrat de report qui s'opère sur
« rentes, est une sorte de placement à intérêt sur
« l'État, et qu'il offre au prêteur l'avantage de pou-
« voir placer ses fonds de cette manière, sans se ren-
« dre propriétaire des effets servant à l'opération. »
L'auteur se mettait ainsi en contradiction absolue
avec le parère de 1823, qui est la manifestation de
l'usage constamment suivi. Mais du moment qu'on
reconnaît au reporteur le droit de propriété avec ses
conséquences, on ne peut admettre qu'il y ait une
simulation dans un acte qui n'en présente nullement
les caractères, et qui se révèle pour ce qu'il est dans
l'esprit et l'intention de tous ceux qui y ont recours.
L'essence de la convention réside, non pas dans le
résultat final qu'elle prétend atteindre, et qui a sans
doute les mêmes effets qu'un simple prêt sur nantis-
sement, mais dans la volonté des parties contrac-
tantes; et, comme il est dit dans Dalloz (*J. G. Tré-
sor Public*, n° 1391) parce qu'un contrat est susceptible
d'aboutir à des effets analogues à ceux d'un autre
contrat, ce n'est pas une raison pour lui enlever la
qualification que les parties lui ont volontairement
attribuée, à moins qu'elles ne se soient proposé de
dissimuler une fraude à la loi. Or l'intention des
parties se manifeste par des signes nombreux. Le
prêt se fait en considération de la personne de l'em-
prunteur; le reporteur, au contraire, ne connaît même
pas son reporté. Dans le prêt, l'intérêt est conven-

tionnel ; dans le report le bénéfice est variable et résulte du cours de la Bourse. Enfin le reporteur est libre de revendre pendant la durée de leur détention, les titres achetés, à condition d'en offrir d'équivalents à l'échéance ; et il paie la valeur totale du titre lors de son achat au comptant, épuisant par conséquent toute la garantie que lui fournit le gage. M. Beudant, en repoussant la limitation du taux du report, admise par Bozérian, donne donc à la fois au report les effets d'une transmission de propriété, et ceux d'un prêt, selon que les solutions lui paraissent préférables dans l'un ou l'autre sens.

L'opinion d'après laquelle le report serait une rente à réméré à court terme a été défendue, mais il semble que ce soit sans grande conviction : les auteurs fort indécis sur la solution balançaient entre celle-ci et la précédente. M. Bozérian l'avait envisagée déjà, et son avis fut suivi par M. le conseiller Calmètes dans un rapport prononcé à l'occasion d'un arrêt de de la Cour de cassation (3 fév. 1862 ; S. 62.1.369). Depuis l'ouvrage de Mollot, on s'accordait pour reconnaître le transfert de la propriété des titres sur la tête du vendeur à terme, acheteur au comptant. M. Buchère, tout en niant formellement qu'il y eût dans le report un prêt sur gage, puisqu'il déclarait en propres termes : l'acheteur est propriétaire et la chose est à ses risques, ne disait pas d'ailleurs très catégoriquement qu'il s'agit d'une vente à réméré. Il

penchait déjà vers l'idée d'un contrat spécial, ayant plutôt le caractère de la vente que celui d'un prêt sur gage.

M. Crépon, qui ajoute aux arguments précédemment formulés contre l'hypothèse d'un prêt sur gage, celui d'après lequel l'exécution du reporté, en cas de non-restitution des capitaux à l'échéance, ne ressemble en rien à l'action du prêteur contre l'emprunteur défaillant, met également à néant la théorie d'une vente à réméré. Ce qui caractérise cette vente, c'est la faculté pour le vendeur de reprendre la chose aliénée ou de la laisser entre les mains de l'acheteur. Or, dans le report, cette faculté d'option existe si peu, que l'exécution des deux ventes successives est déterminée par des conditions précises, et doit être faite à une échéance fixée. De plus, si le vendeur à réméré exerce le droit d'option, l'acheteur conserve néanmoins les fruits perçus, tandis que les intérêts et coupons, touchés par le reporteur pendant la courte durée de sa propriété, doivent être restitués au reporté. M. Crépon faisait en conséquence attribuer au report par la Cour de cassation, le caractère d'un contrat *sui generis*, en se basant sur l'évolution subie par les idées financières, manifestée par la loi du 28 mars 1885 et par le décret du 7 octobre 1890, relatifs aux marchés à terme.

Il faut, puisque le report est un contrat *sui generis*, qu'on ne peut assimiler à aucun autre contrat

précédemment connu, en déterminer les conditions essentielles. Comme contrat synallagmatique il est soumis aux règles propres au consentement ; règles qui dominent en particulier la question du report d'office. Comme contrat composé de vente et d'achat, le report n'existe que s'il est fondé sur un objet, c'est-à-dire sur des titres dont le vendeur au comptant est propriétaire, et qu'il comporte un prix sérieux. Enfin, son but étant que la propriété acquise par l'acheteur au comptant, lui serve en même temps de garantie, ou lui permette de faire sa propre livraison, il faut que cette livraison des titres ait lieu ; de même que l'argent étant nécessaire au reporté, il faut que le paiement s'effectue : on est arrivé ainsi à attribuer au report le caractère de contrat réel. Le défaut de ces conditions de validité ferait du report une opération purement fictive, engagée dans un but de simple spéculation, qui lui enlève toute validité. Le fait que la livraison ne se produit pas lors de la conclusion du report, et en vertu du marché au comptant qui forme l'un de ses éléments, est une preuve suffisante, qu'il ne constitue qu'un jeu de Bourse ; et par conséquent la loi de 1885 ne lui est pas applicable.

Tout marché au comptant entraîne, en effet, la transmission des titres. Cette condition a toujours été requise. L'article 29 de l'arrêt du 24 septembre 1724 porte : « Les négociations seront toujours faites

« par le ministère de deux agents de change, à l'effet de quoi, les particuliers qui voudront acheter ou vendre les papiers commerçables ou autres effets, remettront l'argent ou les effets aux agents de change avant l'ouverture de la Bourse. » « Chaque agent de change, dit l'article 13 de l'arrêté du 27 prairial an X, devant avoir reçu de ses clients les effets qu'il vend ou les sommes nécessaires pour payer ceux qu'il achète, est responsable de la livraison de ce qu'il aura acheté ou vendu. » Cette disposition fait à l'agent de change un devoir de tenir la livraison prête. Comme elle est une suite nécessaire du marché au comptant, elle doit intervenir pour que le rachat à terme soit possible ; et comme la conclusion du marché à terme est contemporaine de celle du marché au comptant, il faut pour que l'un et l'autre, étroitement liés par le report, soient valables, le rachat étant la condition de la vente, que la livraison ait lieu en même temps que la négociation. Le paiement est lui-même la condition de la livraison, et doit se faire au même moment. Le report est donc un contrat réel.

On peut ajouter à l'appui de cette théorie (voir D. P. 83.2.28) que le report étant un contrat synallagmatique et comportant un objet et un prix, ce prix n'existe pas, quand il est convenu, dès la conclusion du contrat, qu'il ne sera pas payé. Or, pour que le paiement présente un intérêt, étant donné le

but que sont censés poursuivre les contractants d'un report, il faut qu'il ait lieu au moment même de la liquidation de l'opération primitive, que le report permet d'exécuter. Si le prix n'est pas payé à ce moment, on présume qu'il n'existe pas ; et *a contrario* il est, comme la livraison qu'il conditionne, indispensable à la validité du contrat.

Ces observations suffisent à la critique d'une théorie d'après laquelle le report ne constituerait pas un contrat unique, mais deux ventes successives, sans lien de droit entre elles. Cette idée, qui n'a pas été sans faveur a été défendue devant la Cour de cassation (19 avril 1875 ; S. 76.2.113) par l'avocat général Hémar. Il s'agissait de savoir si le reporteur pouvait faire partie d'une assemblée générale d'actionnaires. Pour obtenir ce résultat, sans accepter néanmoins la thèse de la vente à réméré, il fallait dire, comme le faisaient les conclusions du ministère public, que l'essence du report était de transférer la propriété. La conséquence juridique de cette indépendance réciproque entre les deux éléments constitutifs du contrat de report, apparut quelques années plus tard quand la Cour de cassation (25 février 1884 ; S. 85.1.193) admit le principe : « le report est « une opération double, achat au comptant et revente « à terme » ; et en conclut : « Si l'opération est exécutée partiellement par la livraison des titres au « client acheteur, la résolution pour inexécution ne

« porte que sur la seconde partie de l'opération, la
« revente à terme. Si l'opération n'a été exécutée en
« aucune de ses parties, la résolution porte sur l'en-
« semble de l'opération. »

L'effet de cette distinction est celui-ci : si l'opération est résolue dans son entier, les choses doivent être remises en état. L'acheteur au comptant restitue les titres, qu'il ne paie pas, ou dans l'hypothèse inverse, sa créance contre le vendeur est celle du prix qu'il a payé pour la vente, et des intérêts ; en outre, des dommages-intérêts peuvent être dus. Si, au contraire, la résolution ne porte que sur la seconde partie de l'opération, que l'action soit intentée par le vendeur à terme, pour défaut de paiement, ou par l'acheteur à terme pour défaut de livraison, il en résulte que le premier restera propriétaire des titres, pourra les garder, ou les revendre à l'échéance, et que l'acheteur n'aura pas à payer le prix stipulé pour le report. En outre, le reporteur a le droit, si le marché à terme reste inexécuté, de réclamer au reporté des dommages-intérêts équivalents à la différence entre le prix du marché à terme et le cours des valeurs au jour de l'échéance. Le reporté non livré a le droit de se remplacer et de réclamer la différence entre le prix qu'il a dû payer pour se livrer, et son prix de rachat fixé par le report. Mais il en sera exactement de même en cas de résolution totale, par la raison évidente que la différence entre

le prix du comptant et le prix du report à terme reste identique, que le marché au comptant soit validé ou résolu. Et les dommages-intérêts sont encore fixés au montant de cette différence, due au reporteur en cas de baisse, au reporté en cas de hausse, puisque si le marché est résolu, il faut que la partie qui n'est pas en faute, soit restituée de la valeur des titres, fixée par le prix stipulé au comptant. La seule différence qui puisse être signalée, entre ces deux hypothèses d'une résolution totale ou partielle, c'est que la première étant rétroactive remonte au jour où le contrat a été conclu, tandis que la seconde qui l'est aussi, ne date que du jour où le terme du report vient à échéance. Toutes les conséquences attachées à la propriété des titres par le reporteur durant cet intervalle, se réalisent ou n'existent pas : on a vu qu'elles se réduisent considérablement du fait que la plus importante, la perception des intérêts, n'a pas lieu au profit du reporteur. Enfin, c'est en théorie seulement que le droit du reporteur de conserver les titres en tant que propriétaire, semble présenter un intérêt, car en pratique, si les titres ont subi une hausse dans le courant de la liquidation où le report se place, le reporté, acheteur à terme, en prendra livraison, quitte à les revendre au comptant pour se procurer le prix du report, et bénéficier de la différence.

Quoi qu'il en soit, il est impossible, si l'on recon-

naît au report le caractère d'un contrat un et *sui generis*, dans lequel l'opération au comptant et celle à terme sont conditionnées l'une par l'autre, d'accepter d'autre résolution, que celle qui entraîne l'annulation complète de l'opération au jour où le report lui-même est conclu.

Le report, comme toute convention, exige le consentement de toutes parties contractantes. En principe, il ne doit être réalisé qu'en vertu d'un ordre transmis par le client à son intermédiaire à l'époque de la liquidation. Lorsque arrive en effet l'échéance du marché à terme primitif, il appartient au donneur d'ordre de faire connaître s'il désire liquider son opération, ou la reporter. S'il garde le silence, quel est le droit de l'intermédiaire? Quand le donneur d'ordre ne remplit pas ses engagements, son mandataire a le droit de liquider d'office sa position, de l'exécuter. Si ce dernier, au contraire, est nanti d'une couverture qui le garantit contre le risque d'une variation éventuelle des cours du titre, il ne peut que laisser entière la position de son client, en gardant à sa disposition les titres qui lui sont livrés par le vendeur, ou en passant à son compte les espèces qui lui sont payées par l'acheteur. Lui est-il interdit dans l'un et l'autre cas de reporter d'office l'opération engagée pour le compte du donneur d'ordre? C'est une question de fait dont les tribunaux ont à décider. La jurisprudence, malgré la diversité des

termes, paraît s'être rangée aux idées suivantes : La fréquence des reports, le fait qu'ils constituent le moyen le plus naturel de prolonger des opérations que le donneur d'ordre ne manifeste pas l'intention de liquider, ont donné aux intermédiaires la constante habitude d'interpréter le silence des clients comme un désir de conserver leurs positions (Trib. com. Seine, 25 oct. 1902) (1). Mais il faut remarquer que cette interprétation est de conséquence très grave pour les spéculateurs, puisqu'elle les laisse soumis aux fluctuations de la cote, tandis que le maintien de la situation acquise à la première échéance les y soustrait. Il faut rechercher quelle a été la volonté du donneur d'ordre. Les usages admis en Bourse ne peuvent avoir force de loi ni être reconnus applicables que vis-à-vis des clients anciens dans une charge l'intermédiaire, en connaissant les habitudes, ayant subi déjà des reports d'office sans protestation et pouvant être présumés avoir voulu en la circonstance agir de même (Lyon, 23 fév. 1905; *Gaz. com. Lyon*, 23 sept. 1905).

Il n'est pourtant pas, même en dehors de ces conditions, indispensable que l'ordre de report ait été donné d'une manière expresse. Diverses circonstances sont susceptibles de prouver la volonté tacite du

1. *Droit fin.*, 1902, 472; Douai, 10 janv. 1908, *Rec. Douai*, 1908, 34; *Droit fin.*, 1908, 87.

donneur d'ordre d'être reporté, et surtout faire présumer sa ratification postérieure de l'opération. La réception en temps utile et sans protestation de la lettre d'avis par laquelle l'intermédiaire fait connaître à son client le report effectué, suffirait : en matière commerciale (1), les simples présomptions font preuve. Encore faut-il qu'il soit établi que la lettre d'avis, une lettre recommandée par exemple, est parvenue à l'intéressé, et que le destinataire ne prouve qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité matérielle de protester en temps utile (Rennes, 10 juillet 1907 ; *Gaz. Pal.*, 4 nov. 1907) (2).

Le report d'office, conclu à tort, n'est pas opposable au donneur d'ordre et laisse l'intermédiaire responsable des suites de l'opération. Ici encore le donneur d'ordre possède une exception, dont son mandataire ne jouit pas, puisque évidemment le premier ne se croira tenu de refuser l'opération que quand elle lui sera préjudiciable, tandis que le second aurait mauvaise grâce à prétendre que le consentement de l'intéressé ayant manqué, le contrat n'existe pas envers lui, quand la différence se solde en sa faveur. Il en est ainsi à plus forte raison, quand le report a été effectué à l'encontre d'un ordre formel de liquidation. L'intermédiaire commet une faute dont

1. Trib. com. Seine, 25 oct. 1902 ; *Droit fin.*, 1902, 479.

2. Lyon 30 oct. 1903, *La Loi*, 24 déc. 1903.

il doit supporter les conséquences dommageables, il est donc tenu des différences qui se produiraient. Si elles se soldent par un bénéfice en faveur du client, comme l'intermédiaire a agi en fait pour le compte de celui-ci, il y a une gestion d'affaires, et la simple ratification de l'intéressé suffit à faire passer sur sa tête les résultats de l'opération.

La nature particulière du report a fait se poser deux problèmes importants : l'indivisibilité des reports successifs et la validité des reports directs. Questions qui ne sont pas indépendantes l'une de l'autre, puisque l'annulation d'un report pour défaut de contrepartie fait naître la question de savoir si les reports successifs sont distincts l'un de l'autre, même dans les rapports entre le donneur d'ordre et l'intermédiaire, de telle sorte que, postérieurs à une opération nulle, ils n'en soient pas moins valables, ou si au contraire tous les reports consécutifs à une première opération, ou à un premier report nuls, le sont également. L'application de cours inexacts n'est susceptible d'entraîner la nullité que par l'interprétation d'après laquelle en certains cas, elle constitue un contrat direct.

Si le marché à terme primitif constituait une simple spéculation, un jeu de Bourse, ne devant jamais d'après l'intention des parties, se régler que par le paiement des différences, la question de l'indivisibilité ne se présente pas ; un report ne saurait interve-

nir que dans le même but de jouer sur des différences, puisqu'en fait il est tout à fait inutile de le conclure ; son rôle n'apparaît que lorsqu'il y a lieu de faire une livraison effective de titres, ou de payer un prix effectivement dû. On en conçoit pourtant la réalisation dans le cas contraire, à tel point que tout le mécanisme des rentes reportables par exemple, peut ne s'exercer que d'une manière absolument fictive et ne constituer qu'un jeu prolongé pendant la durée que les joueurs lui veulent donner. On appelle placement en rentes reportables, un achat de valeurs françaises à terme, moyennant un acompte versé au moment de l'achat, et renouvelé s'il y a lieu, qui sert de couverture. L'acheteur n'a jamais l'intention de lever les titres. A l'échéance de chaque liquidation, il se fait reporter, touche la différence, déduction faite des courtages, ou complète sa couverture, si elle est entamée par la perte. Cette opération est réelle, si à chaque échéance le report s'effectue véritablement, et si les titres dont le reporté ne veut pas prendre livraison, sont transmis successivement d'un reporteur à l'autre, chacun d'eux bénéficiant du report, différence entre le prix de son achat au comptant et de sa revente à terme, en payant au contraire le prix du déport, tandis que le reporté bénéficierait de la hausse, théoriquement progressive de la rente, diminuée du prix du report et des courtages, additionnée au contraire au montant du déport. Mais les reports

successifs de la rente sont simplement fictifs, si à l'échéance de chaque terme, aucune livraison et aucun paiement n'interviennent, soit que l'intermédiaire se constitue lui-même contre-partie, c'est-à-dire l'adversaire du donneur d'ordre, subissant la perte et profitant du gain, soit qu'il ait recours à une contre-partie réelle, qui remplisse le même rôle. Cette hypothèse fait bien voir comment une opération nulle dans son principe, suivie de reports successifs inexistants, ne peut, à un moment donné, faire naître un report réel, puisqu'à aucune échéance le reporté qui n'a rien acheté à terme, n'a de titres à livrer au reporteur, un vendeur à terme lui opposant l'exception de jeu pour refuser la délivrance, si elle est réclamée. Il n'aurait d'autre ressource que d'acheter au comptant pour livrer à son nouveau reporteur, opération qui n'aurait plus aucun lien avec la précédente.

Le report serait également frappé de nullité pour violation de l'article 76 ; si l'on reconnaît, comme l'a fait la jurisprudence, la validité du report direct, cette dernière cause serait la seule capable de faire naître la question de l'indivisibilité des reports successifs ou de leur indépendance réciproque.

Le problème semble s'être posé pour la première fois devant le tribunal de commerce de la Seine (22 mars 1903) qui le résolut en refusant de voir aucun lien entre les opérations successives. La Cour de Paris reforma et son arrêt (5 mai 1894, D. 95.2.441),

se résume dans les termes suivants : « Dans le cas
« où une opération de Bourse consistant en une vente
« à terme et un achat de la même valeur à l'arrivée
« de ce terme, a été réalisée avec plusieurs reports
« successifs, par un mandataire, il suffit que la vente
« primitive, l'un des reports et l'achat final aient été
« réalisés en coulisse sans l'assentiment du mandant,
« pour que celui-ci, invoquant la nullité des opérations
« faites sans l'entremise d'un agent de change, puisse
« refuser de payer à son mandataire la différence
« par laquelle s'est soldée l'opération. Le mandataire
« ne peut réclamer divisément à son mandant la
« perte résultant de ceux des reports qui ont été
« faits par l'entremise d'agents de change. »

Quoi qu'il semblât d'après les termes exprès qui viennent d'être rapportés, la Cour ne faisait pas de cette circonstance que la vente primitive, l'un des reports et l'achat final fussent nuls à la fois, une condition essentielle de l'indivisibilité. Elle fondait son arrêt sur une distinction entre les rapports des intermédiaires entre eux, ou avec la contre-partie en Bourse, et ceux qui naissent entre le mandataire et son mandant. Par malheur, envisageant la question à ce point de vue, la Cour se contentait de dire qu'elle se résolvait d'elle-même. M. Boistel ne désapprouvait pas sa manière de voir, l'indivisibilité résultant toujours, comme il le remarquait, soit de la nature de l'objet, soit de l'intention des parties. Il y avait donc dans

la recherche de cette intention, un point de fait que les tribunaux étaient habiles à juger, de telle sorte que le fait par un intermédiaire d'avoir négocié plusieurs reports nuls parmi d'autres valables, fût contraire à la volonté du mandant, resté dans l'ignorance de ces irrégularités, alors que sa volonté manifestée lors d'une première opération se prolongeait identique sur toutes les autres consécutives. A son époque, l'opinion de la Cour de Paris demeura isolée. La Cour de cassation anéantit son arrêt, renvoya devant la Cour de Rouen (D. 97.1.441) et confirma la décision de cette dernière, conforme à la sienne, par un arrêt du 6 février 1901 (D. 02.1.575). Une jurisprudence assez considérable se rangea à l'avis de la Cour de cassation (1). C'est à partir seulement de l'année 1905 qu'une première dissidence se produisit. Depuis lors les décisions sont partagées dans les deux sens.

C'est dans le premier arrêt signalé (Cass., 1^{er} mars 1897) qu'à la suite d'un rapport de M. Crépon, la Cour de cassation donna au report la définition qu'il a conservée jusqu'aujourd'hui, et lui conféra le caractère de contrat *sui generis*. C'est de cette définition qu'elle tirait cette conséquence contraire à

1. Trib. com. Seine, 22 janvier, 1896, *La Loi*, 24 février 1896; Paris, 22 mars 1901, *Gaz. Trib.* 14 septembre 1901; Cass. civ. 6 mai 1902; D. 1903.1.99; Paris, 19 mars 1907, *Droit fin.* 1907. 604.

l'arrêt attaqué de la Cour d'appel: « Dans le cas où
« une opération de Bourse a fait l'objet de plusieurs
« reports successifs, il n'y a pas indivisibilité entre
« ces différents contrats. En conséquence, si quel-
« ques-uns de ces reports ont été faits régulièrement
« par le ministère d'un agent de change, ils sont
« valables, et peuvent donner lieu pour leur exécu-
« tion à une action en justice, alors même que quel-
« ques autres seraient entachés de nullité pour avoir
« été effectués en coulisse. »

Le rapport de M. Crépon était rendu dans ce sens. Il soutenait que le mandat ayant été bien rempli pour les reports réguliers, ne l'ayant pas été pour les reports nuls, le donneur d'ordre ne pouvait agir en vertu du mandat donné par lui, pour obtenir la nullité de ceux des reports valables en soi. Telles étaient aussi les conclusions de M. l'avocat général Desjardins, qui, après avoir discuté théoriquement la question de l'indivisibilité, et montré qu'il ne s'agissait, ni d'une *individuitas solutione*, puisque le règlement de chaque report peut être distinct, ni d'une *individuitas natura*, puisque le report n'est pas la suite nécessaire d'une opération à terme, ni même d'une *individuitas obligatione*, sans doute parce qu'une pareille appréciation de la volonté des parties serait contraire, d'après lui, à la nature des opérations engagées entre elles, ajoute que la succession et la distinction des mandats, est corré-

lative à la succession et à la distinction des opérations elles-mêmes. Ce raisonnement paraît attaquable, parce qu'il se fonde sur l'idée que plusieurs mandats interviennent, chacun en connaissance de cause, sans que chacun d'eux participe en rien de celui qui le précède. Dans les rapports de l'intermédiaire et du donneur d'ordre, il n'en est pas ainsi, et ce sont eux seuls qu'il convient d'examiner. M. Boistel critique très justement la doctrine absolue admise par la Cour de cassation, et fait remarquer que l'indivisibilité *obligatione* résulte de la convention, lorsque le mandataire, ce qui est presque la seule hypothèse possible, reste le même: « C'est ce que la Cour de cassation omet de discuter, ou plutôt de réserver, « puisqu'elle donne à la solution une formule absolue, et ne semble pas tenir un compte suffisant de la prédominance qui doit en cette matière, être reconnue à la liberté des conventions entre les parties ». Or le donneur d'ordre envisage-t-il chaque report individuellement? En aucune façon, et la preuve en est qu'en pratique le report pour lui ne consiste que dans un ordre qu'il passe à l'intermédiaire, sans même qu'il lui soit nécessaire de connaître le mécanisme même de cette opération, dont il sait seulement qu'elle prolonge son marché primitif. Dans les relations de l'intermédiaire avec son client, les reports ne s'individualisent donc pas, et c'est pourquoi la Cour de Paris, si elle avait peut-

être tort dans l'espèce, en ne motivant pas assez sa décision, posait néanmoins un principe exact, en jugeant qu'il fallait envisager en eux-mêmes les rapports du mandataire et du mandant, et qu'au regard de ce dernier, le mandat donné à l'intermédiaire restait toujours le même, de sorte que la succession des mandats devint indivisible, tandis que la succession des reports eux-mêmes ne créait entre eux aucun lien de dépendance.

La thèse de l'indivisibilité aurait pour conséquence, non seulement la nullité des opérations consécutives à une opération nulle, mais même si elle était appliquée avec rigueur, l'annulation des opérations antérieures à un report nul. Le résultat peut paraître excessif, et ce n'est pas en faisant appel à ce système que la jurisprudence s'est décidée à reconnaître un lieu de dépendance entre les reports successifs. Elle admit, au contraire, suivant en cela l'avis de la Cour de cassation, qu'il n'existait aucune indivisibilité, mais fit prévaloir une autre idée qui ne semble pas discutable: c'est que le mandat de reporter des engagements inexistants ne saurait être valable, quand le consentement du donneur d'ordre a été surpris par dol. Lorsque l'intermédiaire laisse ignorer à son client le vice qui entachait l'opération initiale, comme le consentement de ce dernier ne doit être donné qu'en connaissance de cause, l'opération de Bourse et le report ne lui sont pas opposables ; de même quand

le premier marché nul est lui-même un report. C'est pourquoi l'on décide que tous les reports sont nuls à partir de l'opération entachée d'un vice, ou en d'autres termes qu'une opération de report ne prend naissance qu'à la suite d'une opération initiale réelle, suivie de reports réels. Il faut appliquer ici les articles 1108 et 1109 du Code civil dont le dernier est ainsi conçu : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. » (Trib. com., Seine, 26 avril 1905; *Pand.* 1905.2.411) (1).

Nous avons signalé la question de la validité du report direct, sans avoir l'intention de la traiter ici. Elle se rattache, en effet, à la théorie générale du contrat direct, qui a été écartée du plan de cette étude. Néanmoins, pour compléter le chapitre du report, il sera utile d'indiquer les diverses solutions adoptées par la jurisprudence depuis quelques années. La théorie la plus restrictive est celle que mit au jour le tribunal de commerce de la Seine, le 24 décembre 1896 (*Le Droit*, 2 avril 1897). Ce jugement reconnaissait que le reporteur devient propriétaire des titres jusqu'à l'échéance du report, et concluait de cette idée : « Lorsque, sans l'aveu de son client, l'in-

1, Paris, 23 avril 1906, *Droit fin.*, 1906, 416; Paris, 24 novembre 1906, *Gaz. Trib.*, 13 déc. 1906; Paris, 2 mai 1908, *Rev. Jurid.*, 1908, 406.

« termédiaire effectue personnellement le report, au lieu de le négociier avec des tiers, il achète les titres pour son propre compte, il anéantit en la faisant sienne l'opération primitivement faite par le client, et quand, plus tard, il revend les titres, c'est sa propriété qu'il aliène, ce qui lui ôte le droit de rien réclamer au client. » La question de l'indivisibilité des reports successifs vient d'être examinée; voilà une décision qui la consacrerait de façon particulièrement sévère. Mais l'objection est trop évidente. Le vendeur au comptant dans le report est le reporté; comme on l'a vu, le report a pour effet d'entraîner la liquidation de l'opération primitive, et par conséquent, l'intermédiaire, s'il se constitue reporteur, achète les titres au reporté, quoiqu'il puisse paraître à un examen sommaire. Ce jugement est resté isolé.

C'est surtout en envisageant le but poursuivi par celui qui a recours à un report, que l'on a soutenu la validité du report direct, c'est le fait qu'il ne présente pas un caractère de spéculation pour le reporteur, au moins quand celui-ci est un capitaliste, et non un vendeur à terme. C'est cet argument que la Cour de Poitiers a invoqué dans un arrêt du 15 février 1897 (1); pour elle le rôle de l'intermédiaire, qui s'est chargé de procurer à son client le maintien

1. *Mon. Lyon*, 12 mai 1897.

de sa position d'acheteur jusqu'à l'échéance d'un nouveau terme, consiste simplement à trouver un reporteur et n'implique pas l'obligation de négocier en Bourse ; l'espèce se présentait à l'occasion d'un banquier, mais la solution n'aurait pas été différente s'il se fût agi d'un agent de change. Aussi la Cour admettait que l'intermédiaire a rempli fidèlement son mandat de report, même s'il ne s'est pas adressé à un autre intermédiaire, mais s'est servi des capitaux déposés chez lui. Il suffirait qu'il établît pour l'opération critiquée ne s'être pas appliqué à lui-même les valeurs qu'il reportait, et n'avoir opéré que pour le compte et avec l'argent de ceux de ses clients, qui l'avaient chargé d'employer leurs fonds en reports.

C'était une première étape vers la consécration du report direct, car, en principe, toute opération de Bourse doit être négociée sur le marché, et la règle est générale, dès lors qu'elle est exécutée par un intermédiaire. C'est sans doute parce que la proportion des reports ne sert pas de mesure exacte, comme celles des marchés à terme ordinaires, à l'intensité des négociations faites sur une valeur déterminée, qu'on a cru pouvoir créer une exception.

La Cour de Paris (16 juin 1900; *Dr. fin.*, 1900, 307) a été jusqu'au bout de cette conception : et depuis lors, quelques critiques qui se soient élevées contre ce

système, la jurisprudence s'y est fermement tenue (1). Le mandataire est libre, à la liquidation, de se constituer reporteur du mandant. Dès que le report a été effectué au cours de compensation et au taux moyen des reports, il échet de décider que ce mode d'opérer, usité en Bourse, aussibien sur le marché officiel que sur le marché libre, est toujours, sauf stipulation contraire, la règle ordinaire entre le donneur d'ordre et son mandataire.

Le principal argument qu'on fasse valoir, est qu'il n'y a pas, dans une telle opération, opposition d'intérêts entre le reporteur et le reporté, étant donné que l'une ou l'autre des parties ne spéculé pas. S'il s'agit d'un acheteur à terme qui se fait reporter, le capitaliste qui lui sert de contre-partie est à l'abri, par le fait même de la revente à terme, des variations de cours. S'il s'agit d'un vendeur à terme à découvert qui reporte, le reporté détenteur de titres, qui s'en défait provisoirement et les recouvre à terme, ne voit pas sa situation définitive de propriétaire modifiée par le report, et celui-ci n'est donc pas pour lui un acte de spéculation ; il profite, le cas échéant, du déport qui est en quelque sorte l'intérêt

1. Trib. com. Seine, 30 avril 1903, *Droit fin.*, 1903, 263 ; Trib. civ. Seine, 16 fév. 1905, *Droit fin.*, 1906, 411 ; Trib. com. Seine, 17 déc. 1906, *Gaz. Pal.*, 11 mai 1907 ; Paris, 7 mai 1907, *Droit fin.*, 1907, 227 ; et *La Loi*, 20 juin 1907 ; *Mon. Lyon*, 26 juin 1907 ; Trib. com. Seine, 9 oct. 1907, *La Loi*, 23 oct. 1907.

de ses titres prêtés. C'est le reporteur qui spéculé, puisque, comme vendeur à découvert, il escompte une baisse des titres, à l'échéance du terme.

La Cour de cassation (29 avril 1902; S. 1903.1.209) a reconnu la validité du report direct. Elle a posé ce principe que, d'après la nature même du contrat, le reporteur est à la fois l'auxiliaire et le bailleur de fonds du reporté. Elle refuse d'appliquer à ce mandat la règle générale d'après laquelle le commissionnaire ne peut, à moins de se faire autoriser par ses commettants, se porter contre-partie, c'est-à-dire faire l'opération à son profit, ou pour un autre commettant dont il a reçu des ordres inverses (Lyon-Caen et Renault, *Pr. Dr. Com.*, n° 480) règle basée sur le principe formulé par l'article 1596 du Code civil, d'après lequel le mandataire chargé de vendre ne peut pas acheter.

M. Wahl, pourtant partisan de la validité du contrat direct, refuse d'admettre qu'il faille faire une distinction entre l'opération de Bourse ordinaire et le report, et créer pour ce dernier une règle particulière. Et en effet, le principal argument du système s'évanouit, si l'on remarque que, dès qu'il s'agit de valeurs cotées, soit au marché officiel, soit au marché libre, l'opposition d'intérêts n'est pas plus forte entre les deux parties, puisque l'application des cours se fait de la même manière et serait aussi facilement contrôlée. Le fait que le donneur d'ordre ne souffre

pas de préjudice, et l'usage de la Bourse ne sont pas des raisons suffisantes pour justifier la distinction critiquée ; et si l'on ne reconnaît pas que le contrat direct soit valable, c'est que sa nullité provient d'autres causes, en particulier d'un article de loi édicté dans un but d'intérêt public, qui domine les espèces particulières. Il faut donc prendre décidément parti : dire que le report direct participe de la nullité de tout contrat direct, ou bien en reconnaissant sa validité, y voir l'origine d'une évolution que M. Wahl juge désirable, qui aboutirait à la reconnaissance et à la sanction légale des contrats directs. Des législations étrangères, et en particulier celles de l'Allemagne et de l'Italie, ont consacré cette solution.

La question du report direct laisse entières les conséquences de l'article 76 du Code de commerce et le principe du monopole des agents de change sur les valeurs cotées, de telle sorte que l'intermédiaire, banquier ou coulissier, ne se porte valablement contrepartie que pour les valeurs négociées sur le marché libre. Pour les agents de change, la question ne se pose pas, puisqu'il leur est défendu de faire aucune opération pour leur compte personnel.

CHAPITRE IX

De la couverture.

Jusqu'à présent l'on a envisagé les rapports qu'une opération de Bourse à terme fait naître entre le donneur d'ordre et l'intermédiaire, son mandataire, en la considérant comme isolée de celles qui sont engagées dans le cours de la même période, qui sépare deux échéances successives et deux liquidations. On a vu l'ordre se transmettre et s'exécuter, et faisant l'exposé des obligations du mandataire, l'on a montré de quels moyens de justification il disposait, pour prouver leur accomplissement. A l'échéance du terme, le marché a été liquidé entre les intermédiaires, et l'on a supposé que le donneur d'ordre en avait renouvelé les effets par un report. Il faut à présent considérer les rapports qui naissent entre le donneur d'ordre et l'intermédiaire, par suite de l'ensemble des engagements, qui ont été conclus par l'un pour le compte de l'autre, marchés à terme purs et simples, reports d'opérations antérieures, nécessitant l'établissement d'un compte de débit et de crédit. C'est ici que l'étude de la couverture mérite de prendre place, puisque son rôle est de garantir le paiement des différences, dont

Le spéculateur se trouve devoir le solde à chaque échéance, en raison de tous les marchés à terme qu'il a fait exécuter. Et l'étude de la couverture entraîne logiquement celle du règlement définitif de toutes les opérations engagées, qui s'effectue par l'approbation du compte établi par l'intermédiaire et le paiement intégral ou par net appoint du solde subsistant, soit au débit du donneur d'ordre, soit au débit de l'intermédiaire.

Le compte que le mandataire envoie à son client après l'échéance, et que l'on appelle compte de liquidation, n'a rien de commun avec un compte courant (1). Il se solde par une créance ou une dette au profit ou au détriment du donneur d'ordre ; et celle-ci pourrait être incorporée dans un compte courant établi entre les deux parties, à propos d'autres opérations de banque, ou de bourse. Mais le terme dont les opérations sont affectées, a pour effet de ne rendre aucune créance exigible avant son échéance, et le fait que tous les marchés s'exécutent ensemble à ce moment a pour conséquence, que le compte dressé par l'intermédiaire porte sur tout un groupe d'opérations distinctes. Le mandataire est créancier du prix qui doit être versé par le mandant acheteur contre la délivrance des titres ; il est débiteur du prix qui lui a été versé par la contre-partie

1. Trib. civ. Vendôme, *La Loi*, 4 mars 1899.

en échange des titres livrés par son client vendeur. De l'addition de ces créances et de ces dettes, résulte une différence au profit de l'intermédiaire ou du client. Et le solde du compte approuvé demeure en fait la seule créance définitive.

Ex. :

Achat

Vente

Date	Opérations	Date	Opérations
25 juill. 1902	22 Obligations Crédit Foncier 1879, à 503 : 11.066	25 juill. 1902	20 Obligations Ville de Paris - 1875, à 560 : 11.200
Livrant 20 Oblig. Ville de Paris, 1875. Levant 22 Oblig. Crédit Foncier 1879. Créancier de la différence : 134 fr.			

Il en est de même si le donneur d'ordre a revendu ou racheté au comptant en liquidation, ou au même terme les titres qui ont fait l'objet de la négociation.

Achat

Vente

Date	Opérations	Date	Opérations
4 août	50 Rio à 1.200 au 15 août. 60.000 Courtage. 60 Impôts... 3 <u>60.063</u>	14 août	50 Rio à 1.235 au 15 août. 61.750 Courtage. 61 75 Impôts... 3 10 <u>61.685 15</u>
Balance			
	Crédit		61.685 15
	Débit.		60.063
	Solde de compte . .		<u>1.622 15</u>

On voit qu'en somme, toutes les opérations restant juridiquement distinctes, le compte de liquidation n'est que le relevé d'ensemble de tous les bordereaux ou lettres d'avis qui ont été envoyés au client, au moment où chacun des marchés a été exécuté en Bourse. Chaque créance peut être réglée séparément, et ce n'est que pour les facilités de la pratique que l'on en soustrait le solde.

Mais les parties peuvent être entre elles en compte courant, et c'est ce qui a lieu en fait entre les intermédiaires et les spéculateurs habituels. Le solde résultant de chaque compte de liquidation, après son approbation, est passé en compte-courant, soit au débit, soit au crédit du donneur d'ordre, de telle sorte que celui-ci soit toujours en avance sur son mandataire. Et lorsque, par suite des pertes subies, la balance accuse un déficit à la charge du client, il doit rétablir son avance, en versant la somme nécessaire à garantir l'intermédiaire contre le double risque d'insolvabilité et de perte nouvelle: l'excédent du crédit du donneur d'ordre sur son débit dans le cours d'une liquidation, constitue la couverture de toutes les opérations à terme engagées pour l'échéance suivante. Il s'agit donc toujours ici d'un compte-courant simple, dans lequel l'intermédiaire est en droit de ne jamais se trouver à découvert: lorsque le donneur d'ordre est en bénéfice, il perçoit l'excédent du crédit sur le débit, moins le montant

de la couverture nécessitée par les opérations nouvelles.

La couverture est constituée, non seulement par le versement d'une somme d'argent complémentaire, mais par une remise de titres. D'après les principes du compte-courant, l'intermédiaire qui est récepteur, devient propriétaire des titres ainsi transmis, à moins qu'ils ne reçoivent une affectation spéciale, qui les exclut du compte. Le récepteur, devenu propriétaire, crédite le donneur d'ordre qui est l'envoyeur : la solution demeure donc la même que si une somme d'argent avait été versée. Et le crédit produit effet depuis le jour de la remise opérée, comme depuis celui du versement effectué. C'est à partir de ce moment que courent les intérêts dus en vertu de l'excédent du crédit sur le débit, résultat normal de la remise.

Ces solutions sont simples. Elles dérivent de la nature même du contrat de compte-courant ; et il n'est pas besoin, quand elles se réalisent, de se demander à quel titre est intervenue la couverture, et quels droits elle confère à l'intermédiaire ; elle constitue simplement un des articles du compte où elle s'incorpore, et la créance qu'elle représente pour le donneur d'ordre étant novée par le fait même, perd son individualité, de sorte que seul le solde reste exigible. Ce solde résulte de la différence avec les articles de débit, portés en compte chaque fois que

les liquidations successives se sont réglées en perte, et par conséquent ce qui constituait la couverture se trouve diminué d'autant, par le seul effet du compte courant.

Mais les rapports des parties ne sont pas nécessairement déterminés par un contrat de cette nature. La couverture garde alors son caractère juridique, soit que, d'après la convention expresse ou tacite des parties, elle garantisse l'ensemble des opérations effectuées d'une liquidation à l'autre, et se trouve ainsi affectée au paiement du solde, qui ressort en fait du compte de liquidation, soit même qu'elle soit spécialement destinée à garantir une opération déterminée. Dans l'un et l'autre cas, le contrat de couverture reste entier, il n'y a pas novation de l'obligation qui y est incluse; il s'agit de savoir quels sont la nature de ce contrat et ses effets.

La théorie de la couverture est ancienne. Elle s'est formée avant la loi de 1885 sur les marchés à terme, et ses principes ne sont plus controversés. Ils ont été définis, en particulier, par M. Crépon dans son traité : *De la négociation des effets publics et autres*. C'est sur l'application seule de ces principes que la Cour de cassation ne se trouve plus d'accord avec lui. L'opinion de Buchère, et la doctrine qu'il a tirée des décisions anciennes de la jurisprudence, d'après lesquelles l'usage de la couverture serait complètement illégal, ne se basent sur aucun argument

véritablement solide, et en présence de l'utilité pratique incontestable qu'elle présente, ne subsistent plus que comme un souvenir de l'époque où les marchés à terme n'étaient pas sanctionnés par un texte, et où leur validité était laissée dans le doute. Du reste, dès avant la loi de 1885, plusieurs théories avaient été élaborées. La reconnaissance définitive des marchés à terme ne fit que donner une consécration plus certaine aux solutions admises déjà par la Cour de cassation.

« La couverture remise à l'agent de change est-elle un paiement volontaire (1)? »

D'après un premier système, la couverture n'est en réalité que l'exécution anticipée du marché: c'est ce qu'a notamment soutenu M. Mollot dans son livre sur les Bourses de commerce.

Un second système ne prétend voir au contraire dans la couverture, même lorsqu'elle consiste dans une somme d'argent, qu'une garantie, qu'un nantissement.

Enfin, d'après un troisième système, la couverture doit être considérée comme l'exécution anticipée, non pas du marché à terme, mais de la convention accessoire à ce marché, qui se forme entre l'agent de change et son client, et qui est destinée à éteindre

1. On s'est contenté de résumer très brièvement ici la discussion à laquelle M. Crépon donne dans son ouvrage un complet développement, p. 199 et suiv.

la dette éventuelle dont le client se trouverait redevable envers l'agent de change, par suite de la fluctuation des cours (D. *Répertoire*. V° Trésor public, n° 1417).

Des solutions admises par la Cour de cassation, il résulte qu'aucun de ces systèmes ne doit être admis d'une manière absolue. La loi ni la jurisprudence n'ont donné à la couverture un caractère unique. C'est d'après l'intention des parties que ce caractère est déterminé; et c'est elle qui fait du phénomène juridique réalisé par la transmission des valeurs données en garantie, tantôt une mise en gage, tantôt un paiement anticipé. N'est-il pas excessif, s'il en est ainsi, de considérer, avec M. Crépon, la couverture comme un contrat *sui generis*, alors que chaque cas particulier lui confère un caractère différent, tantôt celui du contrat de gage, défini par le Code civil et le Code de commerce, tantôt celui d'une exécution anticipée du marché, résultant d'une simple convention expresse ou tacite entre les parties, et non productive d'obligations?

« Le 26 août 1868, la Chambre civile jugeait : qu'un agent de change peut disposer librement des valeurs qui lui ont été remises par un client, non à titre de dépôt ou de nantissement, mais en compte et pour être portées au crédit du client, en déduction de la créance de l'agent de change. Le juge du fait constate souverainement que des valeurs ont été remises

à un créancier, non pas en nantissement, mais en compte.

L'intention des parties, dans la convention qui intervient entre elles, c'est bien à cela que se résume la recherche à faire, ce qui amène à se demander quelle est cette convention, pour ainsi dire jamais écrite, et qui par suite doit se déterminer par la nature même des choses, par les usages du milieu dans lequel elle est formée, par les nécessités de l'opération à laquelle elle est attachée, par les exigences du marché financier.

La nature des choses, c'est que les sommes et valeurs sont remises à l'agent de change, en vue des pertes éventuelles ; les usages du milieu, que l'agent de change puisse disposer de la couverture, qui autrement ne servirait à rien ; les nécessités de l'opération et les exigences du marché financier, que l'opération soit liquidée dans un bref délai et à un moment fixé par les règlements et les usages de la Bourse. Il faut donc admettre que la couverture, par le rôle qu'elle est appelée à jouer, constitue dans l'intention présumée des parties un paiement anticipé, à moins que la volonté de ne constituer qu'un gage ressorte des circonstances de la cause, dont le juge de fait est souverain appréciateur.

La solution est la même, qu'il s'agisse d'une couverture en espèces, ou d'une couverture consistant, comme c'est le cas le plus général, en valeurs remises. La

convention, pour atteindre le but en vue duquel elle a été conclue, doit accorder à l'intermédiaire le droit de réaliser les valeurs, à l'instant où il a besoin des fonds pour payer les différences en perte, qui sont résultées des opérations. Ce droit comporte une mise en demeure, préalable à son exercice; mais un avis de l'intermédiaire suffit à en tenir lieu.

Il n'y a pas à distinguer entre une couverture en titres au porteur, dont la propriété se transmet par simple tradition, ou en titres nominatifs. On a fait remarquer en effet que la remise des titres nominatifs, avec un ordre de transfert signé, vaut dans le contrat de couverture, une dation en paiement. L'intermédiaire devenant ainsi propriétaire des titres, par l'application qu'il s'en fait postérieurement à l'échéance de la dette, en dispose à son gré. Et d'ailleurs, si l'intermédiaire muni d'un ordre de transfert a réellement vendu le titre, son titulaire en reste sans doute propriétaire jusqu'à nouvelle individualisation vis-à-vis de la société et des tiers, mais la répétition du titre n'est déjà plus possible. Le titre n'est plus représenté entre les mains de l'intermédiaire qui l'a vendu, que par la créance de sa valeur en espèces, à laquelle il y a lieu d'appliquer la solution précédemment admise, en disant que cette créance constitue le paiement de celle que l'intermédiaire possède contre son client.

M. Crépon complète sa thèse, dont les données

principales viennent d'être reproduites, en ajoutant que si l'intermédiaire n'a pas réalisé les valeurs pour les besoins de la liquidation, ces valeurs restées entre ses mains changent d'objet, et au lieu de conserver leur caractère de paiement anticipé, deviennent un gage qui répond du paiement de la créance, née des avances faites pour le règlement des marchés.

Dans l'ensemble de ce système, deux choses sont à remarquer. Le droit pour le juge du fait, de rechercher et de déclarer souverainement quelle a été l'intention des parties, lors de la remise de la couverture, implique pour lui l'obligation, sous peine d'encourir la cassation pour insuffisance de motifs, de constater dans son jugement à quel titre cette remise est intervenue. Cette constatation est d'autant plus nécessaire que, dans la plupart des cas, les parties ne s'en expliquent pas formellement, et qu'en conséquence, le juge doit se former une opinion d'après les circonstances de la cause. Cette recherche de l'intention des parties est du reste assez délicate, car la couverture ne présente en général qu'un sens assez mal défini dans l'esprit des intermédiaires mêmes qui y font appel (Cassat., 22 mai 1895 ; D. 1897.1.49).

D'après la théorie de M. Crépon, il faudrait admettre en outre que, lorsque la couverture a été versée à titre de paiement, ce paiement a toute sa valeur dès avant l'échéance du terme. Il est fait sous la condition suspensive d'une dette éventuelle, dont la réa-

lisation entraîne, à l'échéance, de plein droit ou tout au moins par la seule volonté de l'intermédiaire, l'application des sommes ou valeurs à son extinction. C'est sur ce point que la Cour de cassation est en divergence avec l'auteur ; et il ne semble pas que les décisions relativement récentes qui ont affirmé sa jurisprudence aient innové, puisque auparavant, dès 1859, puis en 1880, elle avait rendu des arrêts qui en affirmaient le principe.

Le 1^{er} août 1859 (1), elle décidait déjà que : il y a paiement volontaire non sujet à répétition dans le fait par le perdant *d'avoir laissé vendre* pour son compte par le gagnant les valeurs industrielles qu'il avait données à titre de couverture. Et par un arrêt du 4 août 1880 (D. 81.1.113), elle développait son système en ces termes : « L'affectation spéciale à l'ac-
« quit de dettes résultant de jeux de Bourse, des
« sommes remises par un client à son agent de change
« à titre de garantie ou de couverture, constitue un
« paiement effectif et volontaire, exclusif de toute
« action en répétition. Et cette affectation spéciale
« peut résulter de ce fait que le client, qui recevait
« périodiquement de l'agent de change des bordereaux
« indiquant les pertes subies, avait *approuvé en con-*
« *naissance de cause* l'application de la somme remise
« au solde des différences. »

1. D. 59.1.292 ; 66.1.388 ; 68.1.440.

Ces arrêts ont été rendus à propos de jeux de Bourse, et déterminent les conditions dans lesquelles le versement d'une couverture en entraîne le règlement définitif et exclut toute action en répétition. La question doit être embrassée ici dans son ensemble, et la solution généralisée pour toute espèce de règlement définitif. Dans quelque hypothèse que l'on se place, le principe qu'affirme la Cour de cassation n'est pas moins constant ; c'est que le paiement n'a véritablement lieu, n'est opposable au donneur d'ordre que par l'effet de son consentement postérieur à l'échéance du terme. La jurisprudence est invariable.

Mais un autre problème se noue. Ce consentement postérieur toujours requis peut-il résulter de tous actes ou écrits propres à déterminer la conviction du juge, ou au contraire faut-il, après une déclaration explicite d'acceptation des comptes, une reconnaissance non moins expresse de l'attribution de la couverture à l'intermédiaire ?

Le 9 décembre 1895 (D. 97.4.177) la Chambre des requêtes rendait sur ce point un arrêt dont se dégage la formule suivante :

« La dation en paiement équivalant au paiement,
« s'il est constaté en fait que le client a remis des
« fonds ou des valeurs au banquier à titre de cou-
« verture, que l'intention commune des parties au
« moment de cette remise a été d'appliquer ces va-

« leurs au paiement des différences pouvant res-
« tir à la charge du donneur d'ordre, et que ces ap-
« plications ou réalisations ont effectivement été
« faites par le banquier *sans opposition* de la part du
« client, ce dernier doit être déclaré irrecevable à
« répéter le montant de la couverture, désormais
« acquise à l'intermédiaire par l'effet d'un règlement
« définitif. »

On voit ici intervenir la notion du règlement définitif. Pour le moment, il suffit de savoir que, à défaut d'opposition de la part du donneur d'ordre, l'application directe des fonds, résultant de l'envoi d'un compte de liquidation, ou de la simple mention, dans un compte-courant, d'un article de débit, ou la réalisation des titres suivie des mêmes formalités, suffisent pour donner au paiement son plein effet. Le fait que le donneur d'ordre ne proteste pas contre le compte de liquidation qu'il reçoit, entraîne de sa part une ratification, tant des opérations elles-mêmes, que de l'application faite par l'intermédiaire de la couverture.

L'arrêt précité est en contradiction avec le plus grand nombre des décisions de jurisprudence, et notamment avec celle de la Chambre civile du 15 mars 1899 (S. 1899.1.281) : « La reconnaissance par le man-
« dant de l'exactitude du compte des opérations de
« Bourse exécutées pour lui, accompagnée de la déclai-
« ration de report du solde sur le compte des opéra-

« tions à venir, est à bon droit considérée comme
« contenant une attribution au mandataire de la par-
« tie de la couverture correspondante à ses avances,
« c'est-à-dire un paiement effectif et volontaire. Il n'en
« est pas de même du fait de la réception sans obser-
« vations par le mandant d'un compte ultérieur relatif
« à d'autres opérations, le *silence du mandant* ne
« peut en effet être considéré comme une accepta-
« tion. »

On a défendu cette thèse en invoquant les solutions rendues en matière de règlement définitif, lequel ne résulte jamais du seul fait que les comptes ont été régulièrement envoyés par l'intermédiaire au donneur d'ordre, et reçus par ce dernier sans protestation (Cass., 7 nov. 1898; S. 1899.1.269). Mais c'est qu'il faut justement, pour produire un règlement définitif, que le paiement soit effectué, et même expresse, l'acceptation des comptes ne saurait suppléer à cet élément essentiel. La question est justement de savoir si la couverture, considérée comme paiement anticipé, réalise ou non ce paiement à l'échéance, et si, en conséquence, l'approbation des comptes ne peut être aussi bien tacite qu'expresse, lorsqu'elle existe; problème où il serait permis de ne voir en définitive qu'un point de fait, en le laissant à l'appréciation souveraine du juge.

S'il fallait admettre qu'une déclaration expresse, autorisant l'application de la couverture ou la rati-

fiant, fût exigée postérieurement à l'échéance, il ne serait plus d'aucun intérêt de faire cette distinction de principe entre la couverture-gage et la couverture-paiement. On la considérerait toujours comme un gage, qu'une ratification expresse suffirait à en valider l'exécution. Si le mandataire a dépassé ses pouvoirs, en réalisant des valeurs qui lui étaient remises en dépôt, et si cette réalisation encourt dès lors la nullité, cette nullité n'est jamais que relative, et le mandant, qui seul a le droit de l'invoquer, a aussi celui de renoncer à s'en prévaloir, en ratifiant l'opération. Or, on a vu que la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour sanctionner la convention de couverture, à laquelle les parties ont manifesté l'intention de donner le caractère d'un paiement anticipé. C'est apparemment pour permettre à l'intermédiaire d'en retirer les avantages qu'elle est susceptible de présenter ; et si, en lui refusant, comme s'il s'agissait d'un gage, (art. 2078, Code civ.) la faculté de se l'approprier à l'échéance, ou d'en disposer sans formalités, on rapproche d'un gage, la couverture envisagée comme un paiement sous condition, ce n'est pas néanmoins pour les confondre entièrement.

La nécessité d'une approbation du mandant, postérieure à l'échéance de la dette, se justifie, et ne présente pas en pratique les inconvénients qui résulteraient des formalités exigées pour la réalisation du gage, pourvu que l'application de la couverture puisse

avoir lieu sans délai ; la vente du gage même commercial n'est permise qu'après une signification faite au débiteur, suivie d'un délai de huit jours.

C'est qu'en effet, quelque solution qu'on admette, il faut toujours, pour que la valeur de la couverture s'applique à l'extinction de la dette, qu'une approbation de compte, expressive ou tacite, soit donnée par le mandant. L'une est la condition de l'autre ; et cette approbation ne peut, en tous cas et en connaissance de cause, intervenir qu'après l'échéance du terme. Elle entraîne du reste celle des applications de couvertures, qui figurent dans le compte, et en déduction desquelles le donneur d'ordre se trouve créancier ou débiteur de l'intermédiaire. Le droit qu'a le mandant de contrôler la réalité et la régularité des opérations, comporte celui de s'opposer à l'application d'une couverture, fournie à titre de paiement pour le seul cas, où celles-ci étant reconnues valables, feraient ressortir une dette à sa charge. Enfin, en pratique, si le mandant reconnaît la validité des opérations, il n'a aucun intérêt à refuser l'application, puisqu'il se reconnaît en même temps débiteur, et que par sa propre volonté, il a affecté au paiement de sa dette certaines sommes ou certaines valeurs.

En résumé, de ce qui précède, se dégagent les idées suivantes : il est permis aux parties, mandant et mandataire, lors du versement de la couverture, de lui attribuer le caractère qui leur convient, celui

d'un gage, ou celui d'un paiement anticipé ; les juges du fond décident souverainement quelle a été leur intention. Si la couverture a été remise en paiement anticipé, il faut toujours après l'échéance, qui fait ressortir le solde du compte entre les parties, que le donneur d'ordre approuve l'application faite par l'intermédiaire. Cette approbation peut être tacite, et le juge du fond est également ici souverain arbitre de l'intention du mandant. La réception d'un compte de liquidation sans protestation ni réserves fait présumer l'approbation du compte, et serait une preuve suffisante en matière commerciale. D'autres circonstances, le fait par le donneur d'ordre d'être au courant des usages de la Bourse, ou celui d'être le client habituel d'un intermédiaire, d'avoir eu déjà l'occasion de ratifier tacitement des comptes et d'avoir manifesté son consentement en donnant de nouveaux ordres, sont autant d'indices, dont le juge apprécie la valeur. Il reste à étudier maintenant la question du règlement définitif, et à voir en quoi il importe, indépendamment du droit reconnu à l'intermédiaire, de réaliser les valeurs remises en couverture, ou de porter les sommes liquides en déduction de sa créance, de considérer la couverture comme un paiement anticipé, et non point comme un gage.

Quelques décisions méritent d'être signalées à propos de la couverture, quoiqu'elles ne rentrent pas dans l'ensemble du système doctrinal, qui en déter-

mine les principes. La Cour de cassation (3 nov. 1899) (1) décide que les intermédiaires ne sont tenus par aucune loi, ni aucun règlement intérieur, à demander à leurs clients la justification des titres au porteur que ces derniers leur ont remis ; il en est évidemment de même quand cette remise a été faite à titre de couverture, qui ne produit pas de transmission de propriété avant la naissance de la dette, qu'elle est destinée à payer, le paiement étant conditionnel à cette dette.

Lorsque les opérations ont été déclarées nulles, et qu'elles étaient garanties par une couverture spécialement affectée au paiement de la différence éventuelle entre le prix du marché à terme et le cours de compensation, la Cour de Paris décide que les sommes touchées par le donneur d'ordre à titre de bénéfices, doivent être compensées avec les sommes remises en couverture (2) : cet arrêt implique la légitimité d'une action en répétition de l'indû, exercée par le mandataire. Aussi l'hypothèse ne se présente-t-elle, que si l'on reconnaît, d'une part la nullité résultant de la violation de l'article 76 comme une nullité d'ordre public, dont chacun peut se prévaloir (ce qui n'est pas discuté), et si l'on rejette d'autre part le système par lequel la Chambre des requêtes (9 décembre 1895 ; S. 97.1.385) l'a assimilée

1. *Le Droit*, 8 avril 1900.

2. Paris, 21 juin 1902, *Droit fin.*, 1902, 396.

à la nullité qui frappe les jeux et paris en Bourse ; car, s'il en était ainsi, l'exception de jeu pourrait être opposée par chacune des parties, pour refuser tant l'exécution des obligations, que la restitution du paiement effectué. Par ailleurs, la nullité relative qui atteint le contrat direct ne peut être invoquée que par le donneur d'ordre seul intéressé, et il n'est pas vraisemblable qu'il l'exerce, après avoir touché des bénéfices.

Ceci admis, et sans qu'il y ait à discuter l'assimilation faite par la Cour de cassation, la solution de la Cour de Paris se justifie aisément ; il faut que les conditions de la compensation de plein droit se trouvent remplies. Les deux dettes sont également liquides et exigibles. La créance de l'intermédiaire résulte du paiement de l'indû. Celle du donneur d'ordre porte sur la restitution de la couverture, détenue conditionnellement en garantie d'un ensemble de marchés à terme. Mais il faut que la couverture consiste en espèces, et non pas en valeurs ; il n'y a pas fongibilité entre les valeurs non réalisées et les sommes payées à titre de bénéfices.

La remise d'une couverture n'entraîne pas transmission de propriété au profit de l'intermédiaire. Aussi doit-il compte au donneur d'ordre des intérêts que les sommes et valeurs produisent, jusqu'au jour où il se fait l'application du montant de la couverture correspondant à ses avances. C'est l'inter-

prétation qu'il faut donner à la décision du tribunal de commerce de la Seine (18 sept. 1902) (1), où il est dit qu'en cas de nullité, les intérêts des sommes versées en couverture doivent être décomptés à dater du jour des versements, conformément à l'article 1996 du Code civil. Cet article porte que le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater du jour de cet usage. Il est manifeste que l'intermédiaire n'emploie à son usage la valeur de la couverture, que le jour où il en fait application à une dette, dont il n'est pas véritablement créancier. Quand la couverture est détenue sans cause et sans droit, elle doit être restituée (Trib. com. Seine, 18 oct. 1905) (2) ; il est juste que soient restitués les intérêts qui ont été perçus à tort.

1. *Gaz. Pal.*, 1902.2.458.

2. *Droit fin.*, 1905, 471.

CHAPITRE X

Du règlement définitif.

Les opérations de Bourse étant susceptibles de deux ordres de nullités : la nullité d'ordre public en cas de jeu de Bourse, ou s'il y a eu violation de l'article 76, qui ne peut être couverte par aucune ratification, et la nullité purement relative, à laquelle en toute autre hypothèse, le donneur d'ordre, seul autorisé à en intenter l'action, peut également renoncer par une ratification postérieure, on voit dès lors très nettement la distinction qu'il y a lieu de faire à leur sujet entre une simple approbation de compte et un règlement définitif.

L'approbation d'un compte de liquidation couvre toutes les nullités dont les opérations sont viciées, sauf les nullités d'ordre public. Le règlement définitif, qui éteint toutes contestations entre les parties au sujet des opérations liquidées et soldées, a une efficacité plus grande, et couvre même les nullités d'ordre public (1). L'un comme l'autre, du reste, doivent

1. Trib. com. Seine, 12 janv. 1898, *J. Trib. com.*, 1900, 18 ; Trib. com. Seine, 24 juillet 1902, *J. Trib. com.*, 1904, 208 ; Trib. com. Seine,

intervenir en connaissance de cause : le donneur d'ordre doit avoir été instruit de tous les vices, que les opérations permettaient d'invoquer, et y avoir renoncé de plein gré. Aussi le règlement définitif comporte-t-il toujours une approbation de compte. Il est constitué, lorsqu'à celle-ci s'ajoutent le paiement volontaire, consenti entre les parties, du solde entier du compte et la livraison des titres.

C'est en raison de ces deux ordres de nullité, absolue et relative, que s'explique la distinction créée en cette matière par la jurisprudence entre les valeurs cotées et les valeurs non cotées au parquet, distinction qui se résume dans un arrêt de la Cour de Paris (7 fév. 1906 ; *Gaz. Pal.*, 3 mai 1906) : « La négociation « des valeurs non cotées par une maison de coulisse « est assujettie aux règles du droit commun. Le prin- « cipe que le règlement définitif peut seul entraîner « ratification du compte, vise exclusivement les va- « leurs cotées négociées sans agent de change (1). » Ces propositions sont parfaitement exactes en soi. Les valeurs non cotées ne sont passibles que d'une seule nullité d'ordre public, c'est quand leur négociation

28 déc. 1906, *J. Trib. com.*, 1908, 235 ; Paris, 19 février 1903, *Droit fin.*, 1908, 119 ; Bordeaux, 14 janv. 1907, *Rec. Bordeaux*, 1908.1.25 ; Paris, 24 oct. 1900, *Le Droit*, 1^{er} déc. 1900 ; Trib. civ. Angoulême, 11 mai 1904, *Rec. Bordeaux*, 1905.2.35 ; Trib. com. Seine, 10 mai 1904, *Droit fin.*, 1905, 189 ; Trib. com. Seine, 24 juin 1905, *Droit fin.*, 1905, 349.

1. *Rec. Nantes*, 1907.2.233.

n'a eu pour but qu'un jeu de Bourse. Or cette nullité ne justifie pas l'action en reddition de compte, elle lui est étrangère. Elle sera opposée par l'exception de jeu, de telle sorte que le donneur d'ordre, s'il est poursuivi en paiement du solde, se retranche derrière elle et qu'il n'ait aucune action à intenter, si l'intermédiaire refuse de lui payer son bénéfice illícite. D'autre part, cette action en reddition de compte ne peut être exercée après une approbation, contre les nullités relatives ainsi ratifiées. Quelle hypothèse demeure réalisable ? Celle-ci, qui est unique : aucune convention n'a été conclue entre les parties, pour violer l'article 76. Le donneur d'ordre intente l'action en reddition de compte, ou l'action en répétition de l'indû, pour contraindre son mandataire à justifier d'une exécution régulière, et celui-ci répond en invoquant le règlement définitif. Ainsi se légitime l'application de l'article 541 du Code de procédure civile. Il ne sera procédé à la révision d'aucun compte, sauf aux parties, s'il y a erreur, omissions, faux ou doubles emplois à en former la demande devant les mêmes juges (Nancy, 6 juillet 1908) (1), au moins dès qu'il y a eu ratification, et exception faite pour les nullités absolues.

La question se pose de savoir si l'approbation de compte doit être donnée expressément, ou si elle

1. *Rev. jurid.*, 1908, 485 ; *Droit fin.*, 1908, 574.

résulte tacitement des circonstances, lorsque le donneur d'ordre reçoit sans protestation ni réserve son compte de liquidation. Elle a été brièvement indiquée, quand il s'est agi d'établir les modes de justification dont l'intermédiaire dispose pour rendre compte de l'exécution réelle et régulière de son mandat. On a vu en étudiant les preuves de l'ordre, que la réception des lettres d'avis et comptes servait au juge de présomption, pour décider que l'ordre avait été véritablement donné. On a vu, d'autre part, qu'en ce qui concerne l'application de la couverture, l'approbation tacite est une conséquence de la distinction admise entre la couverture remise en gage, et celle versée à titre de paiement anticipé; mais qu'elle est toujours subordonnée à la ratification des opérations elles-mêmes. C'est à présent qu'il faut résoudre la dernière donnée du problème, et voir si cette réception sans protestation ni réserve autorise le juge à rechercher les intentions du donneur d'ordre et à décider qu'elle entraîne ratification des opérations; d'où découlent toutes les conséquences signalées, dont le règlement définitif est l'aboutissement.

La jurisprudence est généralement d'un avis contraire. Par deux arrêts précédemment signalés, du 7 novembre 1898 et du 15 mars 1899(1), la Cour de cassation a reconnu le principe, suivant lequel le

1. *Droit fin.*, 99, 111.

silence gardé par une partie ne saurait être générateur d'une obligation à sa charge. La Cour de Paris pour donner à l'approbation de compte son plein effet, exige également qu'une décharge formelle du mandat intervienne. Suivant elle, la réception d'un compte sans protestation ni réserve n'est pas génératrice d'une obligation au regard du mandant, le silence du donneur d'ordre n'impliquant pas règlement définitif de l'opération (7 février 1906 précité). Comme on l'a fait remarquer au chapitre de la couverture, ce raisonnement se base toujours à tort sur le règlement définitif, comme si les conditions de celui-ci déterminaient celles de l'approbation de compte, alors que l'approbation de compte n'est qu'un élément du règlement définitif. Il faut donc sortir de cette impasse, et considérer en elles-mêmes les conditions dans lesquelles elle peut avoir lieu.

Or on trouve, sur l'interprétation qu'il convient de donner en matière commerciale au silence gardé par une des parties, les indications les plus complètes dans une note de jurisprudence (S. 70.1.341), où se résume l'opinion de M. Massé : la question est envisagée dans un sens absolument général, et l'on ne saurait mieux faire que de transcrire ces quelques lignes, d'où la conclusion se dégage avec une parfaite netteté :

« M. Massé a fait une étude approfondie de la
« question de savoir dans quels cas le silence gardé

« par une partie au sujet d'une proposition qui lui
« est faite, peut équivaloir de sa part à un consen-
« tement tacite. Le savant auteur explique fort bien
« que si *le silence peut faire parfois présumer un*
« *consentement*, ce n'est qu'autant qu'il est accom-
« pagné de circonstances venant lui donner une
« valeur que, pris isolément, il n'aurait pas par lui-
« même. Quant aux faits et circonstances qui peu-
« vent être considérés comme susceptibles d'impri-
« mer au silence la force d'un consentement, on
« comprend qu'ils doivent varier. Il y aura donc là
« matière à appréciation pour le juge, qui devra re-
« chercher jusqu'à quel point la partie à laquelle
« la communication était faite, se trouvait obligée
« d'y répondre. A cet égard, on a cru pouvoir poser
« en principe que les commerçants sont toujours te-
« nus de répondre aux lettres qu'ils reçoivent, tandis
« que la même obligation ne pèserait pas sur les
« non-commerçants. Cette prétendue règle est évi-
« demment trop absolue. Ce qu'il faut dire avec
« M. Massé, c'est que la solution du point de savoir
« s'il y avait ou non pour la partie obligation de
« répondre, dépendra le plus souvent de l'existence
« de relations antérieures entre elles et l'auteur de
« la communication, comme aussi de la nature de
« ces relations. Il est évident, en effet, que *s'il y a*
« *entre les deux parties des rapports de mandat ou*
« *de gestion d'affaires*, le silence gardé sur une com-

« munication relative à un acte se rattachant à ces
« rapports, pourra être facilement considéré comme
« une approbation, en présence surtout du principe
« généralement admis que *la ratification peut résul-*
« *ter du silence du mandant qui a été informé des*
« *actes faits par le mandataire, alors même qu'ils*
« *l'ont été en dehors du mandat* (Cassat., 3 juin 1845;
« 27 juillet 1863). »

En quel domaine ces règles si claires trouveront-elles mieux leur application qu'en celui-ci, où les opérations doivent se faire avec une grande célérité, sont soumises à des conditions inéluctables quant au terme et à la liquidation, où les parties sont nécessairement liées, non pas seulement par un seul mandat, mais par des relations d'affaires commerciales qui ont fait naître des séries de mandats antérieurs, où la plupart des mandants enfin, sont parfaitement au courant des nécessités du marché ?

L'on peut résumer à présent synthétiquement les effets qu'une réception de compte sans protestation ni réserve est susceptible de produire. Elle peut constituer une preuve de l'ordre, une preuve de l'approbation du compte et de l'application de la couverture. Et lorsque cette couverture vaut comme paiement anticipé, elle en fait un paiement effectif entraînant le règlement définitif des opérations, qui éteint toutes les contestations possibles, dès lors qu'il y a eu livraison des titres, ou que les titres ont été revendus

en liquidation, faisant ressortir seulement une différence au débit ou au crédit du donneur d'ordre (Cassat., 15 mars 1899). La revente des titres contribue au règlement ; et le donneur d'ordre peut même, pour effectuer son paiement, faire revendre des titres dont la hausse produit une différence en sa faveur, de telle sorte que le bénéfice soit appliqué à l'extinction du solde débiteur résultant d'autres opérations. (Paris, 24 oct. 1900 ; *Le Droit*, 1^{re} déc. 1900.)

Règlement définitif.

Si l'on excepte un jugement du tribunal de commerce de la Seine qui est en sens contraire, toute la jurisprudence reconnaît unanimement que le règlement définitif d'un compte d'opérations de Bourse éteint toutes contestations à l'occasion du compte, et prive le donneur d'ordre du droit de demander la justification de la réalité et de la régularité des opérations, à la condition que ce règlement soit intervenu en parfaite connaissance des circonstances dans lesquelles ces opérations ont été exécutées et de leurs irrégularités.

Le règlement définitif comprend plusieurs éléments : l'approbation du compte, le paiement du solde par net-appoint, la livraison des titres. Celle-ci n'est exigée évidemment que lorsque l'opération la comporte. Dans ce cas, elle est nécessaire pour éteindre toutes

les obligations des parties l'une envers l'autre. Car le règlement ne se produit qu'au moment où il ne subsiste plus entre elles aucune obligation, aucun lien juridique, par suite des opérations qui en font l'objet. Or l'obligation de livrer peut également s'éteindre, si l'intermédiaire a reçu de l'acheteur l'ordre de revendre les titres en liquidation.

Le paiement par net appoint n'existe en principe que lorsque le débiteur a payé la totalité de la somme portée à son débit. (Paris, 14 mai 1906 ; *Droit fin.*, 1906, 345.) Aussi a-t-il été décidé à juste titre que les paiements d'acomptes effectués, les reconnaissances des dettes consenties, et les souscriptions d'effets passées par le donneur d'ordre, n'impliquent en aucune façon un règlement définitif. (Douai, 6 juillet 1909, *Gaz. Trib.*, 27 nov. 1908.)

Il ne faudrait pas néanmoins attacher à la lettre de cette règle une portée trop absolue. Si un donneur d'ordre, qui connaît parfaitement les conditions et les effets du règlement définitif, a remis à son intermédiaire des titres, dont la réalisation a produit moins que la somme exactement nécessaire pour solder exactement le compte, faudrait-il que cette erreur de fait lui permit de méconnaître le règlement qu'il a voulu effectuer ? Le tribunal de commerce de la Seine, devant qui la difficulté s'est présentée (Trib. com. Seine, 17 déc. 1906 ; *Gaz. Pal.*, 11 mai 1907) a décidé que ce léger reliquat n'annulait pas dans l'espèce le

règlement définitif. Ce qui importe, c'est non pas même l'intention du mandant de donner décharge du mandat à l'intermédiaire, mais l'intention de se prêter aux conditions requises pour qu'elle soit irrévocable. Et le juge a le pouvoir souverain de rechercher dans les circonstances de la cause, si la différence qui subsiste est le résultat d'une simple erreur de calcul commise par le donneur d'ordre, ou si, au contraire, elle manifeste de sa part la volonté de se réserver l'action en reddition de compte et en justification. Le règlement par net appoint n'emporte pas en effet par lui-même décharge absolue du mandat. Il faut en outre le consentement donné au règlement même et à ses effets en connaissance de cause, qui en est la condition et l'élément capital. L'intention s'impose au fait apparent, et le droit français n'est pas si formaliste qu'une erreur matérielle ne soit susceptible d'interprétation.

La jurisprudence tend du reste à devenir de plus en plus libérale ; et un arrêt de la Cour de Paris (4 nov. 1908 ; *Droit fin.*, 1909, 188) (1) déclare qu'il y a règlement définitif, lorsque le donneur d'ordre a régulièrement reçu sans protestations ni réserves les avis d'opéré et les bordereaux de liquidation, lorsqu'il a reconnu le montant de son solde débiteur, et qu'il a sollicité terme et délai pour se libérer. On

1. Paris, 10 mai 1905, *Droit fin.*, 1905, 255 ; Riom, 7 juillet 1908, *Revue jurid.*, 1908, 470.

voit que cette tendance n'aboutit à rien moins qu'à assimiler entièrement le règlement définitif à une approbation de compte. Faut-il aller jusqu'à dire que la nullité d'ordre public, résultant d'une violation de l'article 76, puisse être couverte par une simple reconnaissance de dette ? Assurément non, puisque la nullité d'ordre public n'est pas susceptible de ratification. L'idée directrice de la Cour de cassation se révèle par l'arrêt où elle a été jusqu'à confondre la nullité dont il s'agit, avec celle qui sanctionne le jeu. Plus ou moins explicitement, c'est donc l'influence de l'exception de jeu, qui a amené à penser qu'un paiement volontairement effectué ne pouvait être répété, mettait fin à toute contestation. Un règlement, c'est un paiement, et non pas une offre de paiement, à plus forte raison une offre faite à terme.

Le règlement définitif ne se produit pas, quand ces conditions ne sont pas remplies. Ainsi par exemple, si dans un ensemble de marchés passés pour son compte, le donneur d'ordre conteste l'une des opérations, et se déclare prêt à régler les différences dues pour les autres, à la condition préalable d'un compte, non seulement il n'y a pas règlement définitif, mais même l'approbation de compte n'est pas donnée (Cass., 26 janv. 1903 ; *Gaz. Trib.*, 30 mai 1903). Le compte est en effet un élément essentiel, et la ratification antérieure à son établissement est sans valeur. Jusqu'alors, le juge peut présumer que

le donneur d'ordre n'a pas manifesté sa volonté sur des données assez précises. Il n'y aurait pas davantage règlement, si le donneur d'ordre s'était reconnu débiteur envers l'intermédiaire, si même il lui avait payé les sommes que celui-ci réclamait, mais qu'il pût prouver n'avoir pas reçu, ni pu examiner son compte ; question de fait que les juges apprécient. (Douai, 8 déc. 1902 ; *Le Droit*, 14 fév. 1903.)

Le règlement définitif n'a rien de commun avec la transaction qui ne vaut que comme ratification ou approbation de compte et couvre seulement les nullités relatives (1). Que le solde liquidé soit accepté par le donneur d'ordre sans réserve, ou qu'au cours d'un litige il soit déterminé par un acte transactionnel, il faut toujours, pour mettre fin à tout recours, que ce solde soit effectivement payé. La transaction ne prive donc pas le mandant de son action en reddition de compte, en ce qui concerne la régularité des opérations sur valeurs cotées soumises à l'article 76.

Ce n'est pas davantage par suite d'un règlement définitif, qu'un banquier serait en droit de se soustraire aux demandes en justifications d'un client, qui aurait fait transférer sa position et son compte chez un autre banquier. Le serait-il en vertu d'une novation par changement de débiteur ? Le tribunal de commerce de la Seine l'a déclaré (9 janvier 1902) (2).

1. Paris, 13 nov. 1906, *Droit fin.*, 1908, 202.

2. *Droit fin.*, 1902, 210.

On sait que la novation ne se présume pas, mais que la volonté de nover peut être tacite et s'induire de la nature des conventions faites ou des circonstances extérieures. La Cour de cassation reconnaît aux juges du fait le pouvoir souverain de décider si elle existe. Dans ce cas, aucun lien de droit ne subsiste entre l'intermédiaire primitif et son client, mais le nouvel intermédiaire, lors de l'échéance, peut se trouver tenu, d'après la convention, aux justifications dont il a consenti à décharger le premier ; la novation pourrait être considérée comme une ratification des nullités relatives ; mais les nullités absolues ne cessent pas d'être opposables.

La valeur absolue que l'on accorde au règlement définitif pour couvrir même les nullités d'ordre public, dont les opérations seraient entachées, est-elle consacrée seulement par un usage, aussi solide qu'un texte de loi ? se justifie-t-elle seulement par l'intérêt général, qu'il y a à empêcher de se prolonger indéfiniment le droit de soulever des difficultés à propos des négociations effectuées ? ou bien au contraire repose-t-elle sur quelque fondement juridique ?

Lorsqu'il est établi que dès l'origine de leurs engagements, les parties ont entendu ne pas prendre livraison des titres, et se contenter de jouer sur des différences, le fondement juridique sur lequel repose le principe de l'extinction de toute action est l'article 1967 du Code civil : Dans aucun cas, le perdant

ne peut réclamer ce qu'il a volontairement payé. Après la loi de 1885 et la controverse qui s'éleva sur son interprétation, la jurisprudence, après quelque hésitation, décida que cette loi ne pouvait avoir pour objet de sanctionner le jeu dissimulé sous les apparences d'un marché à terme.

Avant que cette même loi n'eût été promulguée, un texte justifiait le défaut d'action, lorsque le privilège des agents de change avait été violé d'un commun accord par les parties, et que le paiement avait été effectué librement. L'arrêt du Conseil d'Etat du 24 septembre 1724, dans son article 18, portait expressément: « Que toutes négociations de papiers
« commercables et d'effets, faites sans le ministère
« d'un agent de change, seront déclarées nulles en
« cas de contestation; faisant Sa Majesté deffense à
« tous huissiers et sergens de donner aucune assi-
« gnation sur icelles, à peine d'interdiction et de
« 300 livres d'amende, et à tous juges de prononcer
« aucuns jugements, à peine de nullité desdits juge-
« ments. »

Les deux nullités d'ordre public, dont les opérations de Bourse sont susceptibles, se trouvaient donc sanctionnées, chacune par une disposition précise, sans qu'il fût besoin, pour donner un semblant de légalité à un usage inflexible, de confondre, comme fit la Cour de cassation, deux notions parfaitement distinctes, celle d'un jeu de Bourse, et celle d'un

monopole arbitrairement créé. On sait que les Chambres de 1885, par un article aussi bref que compacte, ont abrogé toutes les dispositions anciennes, sans remplacer les prescriptions de l'arrêt de 1724.

Les conditions du marché ne s'étaient pas modifiées, et la solution se maintint identique. La nécessité qu'il y avait à ne pas jeter la perturbation dans le crédit public, fit que la majorité des auteurs et la jurisprudence ne s'écartèrent pas du régime antérieur; c'est-à-dire que la violation de l'article 76 fut toujours considérée comme entraînant une nullité d'ordre public, couverte par un règlement définitif. En 1885, la Cour de cassation, par trois arrêts postérieurs de quelques jours à la loi du 28 mars, affirmait catégoriquement son principe : « L'arrêt du Conseil du
« 24 septembre 1724, qui refuse toute action à raison
« des négociations de papiers et d'effets, opérées
« sans le ministère d'un agent de change, édicte une
« sanction qui n'a été abrogée ni modifiée par aucune
« loi postérieure, et cette sanction de refus d'action
« s'applique aussi bien au mandant qu'au mandataire.
« Ainsi lorsque le mandant en connaissance de cause,
« c'est-à-dire sachant dans quelles conditions les
« négociations avaient été effectuées, a pris livraison
« des titres et en a payé le prix ou lorsque, en l'absence de levée ou de livraison des titres, il a définitivement réglé les opérations faites, ce mandant

« n'a aucune action en répétition des sommes versées. » (S. 85.1.249.)

C'est adopter à l'avance la thèse qui fut élaborée peu après, et d'après laquelle l'abrogation des textes antérieurs à la loi ne valait qu'en tant que ceux-ci étaient contraires à l'esprit de ses dispositions. Il faut au contraire s'en tenir à une interprétation stricte de cette loi, si, pour développer une conception de liberté économique, et lutter contre tout privilège qui lui fait obstacle, on cherche à faire évoluer l'opinion dans le sens d'une abrogation de l'article 76. C'est la théorie admise par M. Wahl, dont on voit la discussion complète dans Sirey (97.1.385). Si l'on donne toute leur valeur aux termes de la loi de 1885, en son article 3, on doit conclure en effet que la violation de l'article 76 n'entraîne aucune nullité, non seulement absolue, mais même relative : les autres systèmes que l'on a tenté d'édifier en conformité avec cette interprétation littérale, en sauvegardant le principe de la nullité absolue, ne se défendent pas. D'autre part, si les opérations exécutées en fraude du monopole des agents de change sont valables civilement, l'action en reddition de compte ne s'applique pas à elles ; aucune contestation n'est possible, et le règlement définitif n'a donc pas pour effet d'y mettre fin.

Nous n'avons pas à discuter la question générale de savoir si le monopole des agents de change est

aujourd'hui encore une institution utile, ou s'il ne vaudrait pas mieux laisser le marché s'organiser et s'équilibrer de lui-même par le libre exercice des droits de chacun. Cette tendance individualiste mérite-t-elle d'être encouragée ? Faut-il protéger les droits acquis, en les considérant comme un gage de la capacité de leurs détenteurs ? Faut-il, au contraire, dans le but et l'espoir de favoriser le développement général, laisser à chaque force particulière le champ libre pour se développer sans entrave, ou tout au moins sans autre frein que les lois pénales ? Faut-il accepter les hiérarchies sans cesse renaissantes à travers les nivellements du temps, ou bien enlever aux hommes les cadres qui dissimulent leur faiblesse ou emprisonnent leur puissance, de façon à permettre à chacun d'atteindre le développement que sa valeur peut espérer des circonstances ?

Quelque thèse, dominée par l'un ou l'autre de ces deux ordres d'idées, qui ait été soutenue, le principe du règlement définitif et de son efficacité absolue n'a jamais été entamé. Si l'opération irrégulière n'est pas frappée d'une nullité civile, elle ne peut donner lieu à une contestation. Si elle est absolument nulle, ou bien, s'inclinant devant les termes impératifs de la loi de 1885, on a assimilé la convention de mandat qui l'a fait exécuter, à un jeu de Bourse, — c'était en désespoir de cause, — ou bien on a fait plier le texte devant la nécessité des choses, en maintenant la dis-

position ancienne. Mais jamais on n'a tenté de soutenir qu'après le règlement définitif, une action pût encore être intentée.

Tout rapport juridique entre les parties, né d'un ordre de Bourse à terme, ou d'un ensemble d'ordres réglés ensemble, est éteint entre le spéculateur et l'intermédiaire.

CHAPITRE XI

De la compétence.

La compétence est déterminée par les règles qui ont été exposées au chapitre du mandat. On a vu l'intérêt, au point de vue des preuves, de la distinction entre le mandat civil et le mandat commercial. La compétence appartient aux tribunaux civils, dans le premier cas, aux tribunaux de commerce dans le second.

En fait, les marchés à terme appartiennent le plus souvent à la juridiction consulaire. Supposons donc un tribunal de commerce saisi d'un litige, à propos d'une opération de Bourse. Si une exception est soulevée devant lui, il lui faudra régler la question de compétence, et pour le faire, examiner si les actes, à l'occasion desquels la contestation est née, sont ou non des actes de commerce. Il en décidera d'après les modes de preuve applicables en matière commerciale.

On sait que tous les modes de preuve y sont admis, spécialement la preuve testimoniale et les présomptions de l'homme. Le pouvoir du juge lui permet de

constater, de réunir, et de se baser sur les présomptions qui lui paraissent suffisantes pour se convaincre. L'article 109 qui s'applique d'une manière générale, énumère les moyens de preuve habituellement usités.

C'est ainsi que la correspondance des parties et les livres de commerce peuvent déterminer l'opinion du juge. S'il s'agit d'un débat entre commerçants, les livres font preuve par eux-mêmes, à l'égard de toutes les parties. Qu'un débat s'élève au contraire entre un commerçant et un non-commerçant, les livres ne font pas preuve au profit de celui qui les a tenus. Mais le juge pourra y trouver un commencement de preuve et des éléments d'appréciation. Il se basera donc sur eux, s'il le croit opportun, pour décider que les actes dont il s'agit sont réellement commerciaux, et pour se déclarer compétent.

Un jugement du tribunal de commerce de la Seine (11 janv. 1905; *Gaz. Trib.*, 4 mai 1905) consacre ce système, qui ne distingue pas entre la compétence et le fond du litige. Il a repoussé l'hypothèse qu'il pût y avoir de sa part une pétition de principe, à se déclarer compétent grâce à des preuves commerciales, au sujet d'actes dont il n'est pas certain *a priori* qu'ils ne soient pas civils. Il faut reconnaître, que s'il aboutit en dernière analyse à les déclarer commerciaux, l'on peut présumer qu'en fait ils l'étaient.

Le tribunal retient donc la cause, et les règles de

la procédure commerciale sont désormais applicables. La question de compétence *ratione materiæ* est résolue : elle s'étend aux billets souscrits par le spéculateur, et qui ont pour cause des opérations de Bourse, réputées actes de commerce, même si leur souscripteur n'est pas commerçant (Trib. com. Seine, 1^{er} déc. 1903).

La compétence *ratione personæ* est déterminée par l'article 420 du Code de procédure civile. Il y est dit que le demandeur assigne à son choix devant le tribunal du domicile du défendeur, devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué.

Le lieu de la promesse est celui où les ordres parviennent, le lieu de la livraison, celui où les titres levés sont remis au client (1). Il faut donc, pour que la règle générale de l'article 420 trouve son application, que le client prenne livraison de ses titres à l'endroit où il a fait parvenir son ordre, et par conséquent au domicile de l'intermédiaire en Bourse, ou au siège de la banque qu'il a chargée de sa transmission. Ceci implique que le spéculateur est entré en possession de ses titres, hypothèse infiniment plus rare que l'opposée. C'est pourquoi il est plus pratique de savoir quel est le lieu où doit s'effectuer

1. Grenoble, 4 déc. 1906. *Droit fin.*, 1907, 87.

le paiement, qui, à défaut d'une levée de titres, sera celui d'une simple différence.

Un usage constant veut que les soldes de compte résultant d'opérations de Bourse, se règlent au cabinet de l'agent de change. Cet usage ne s'impose pas aux autres intermédiaires, à tel point qu'ils ne puissent s'y soustraire. Il faut remarquer qu'il s'agit ici d'un contrat de commission : si quelque contestation s'élève, ce ne peut être qu'à propos de l'exécution, sinon de l'existence même du mandat commercial ; c'est donc le lieu où, suivant la convention des parties, la commission, prix du mandat, doit être perçue, qui sera celui du paiement. En fait le courtage se règlera globalement avec le solde du compte avec lequel il fait corps, et au domicile de l'intermédiaire. Un arrêt a paru admettre néanmoins que lorsqu'il s'agissait d'un solde de compte, le tribunal du défendeur était seul compétent (Grenoble, 4 déc. 1906). Il y aurait donc lieu de distinguer entre le solde et la commission, puisque les parties peuvent à leur gré fixer le lieu du paiement, c'est-à-dire celui de la commission, et attribuer par le fait même, si l'on s'en tient aux termes de l'article 420, compétence à un tribunal différent. Pourquoi cette dérogation à une règle générale, universellement affirmée, en matière d'opérations de Bourse, comme en toute autre ?

Une question se pose : le droit de rétention et le

privilège, inscrits au profit du commissionnaire dans l'article 95 du Code de commerce, sont réputés attribuer compétence au tribunal de son domicile, lorsqu'il a en sa possession des marchandises consignées ou expédiées chez lui par le commettant. Il peut en effet, en tant que créancier, dit l'article 93 du même Code, à défaut de paiement à l'échéance, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage. Dès que ce gage existe, il a donc pour effet de déterminer le lieu du paiement, qui est celui où l'intermédiaire fait procéder à la réalisation, soit celui de son domicile, et attribue par conséquent compétence au tribunal de commerce de ce lieu.

Or l'on sait que le plus souvent les opérations de Bourse ne sont exécutées que sous la garantie d'une couverture. Les valeurs qui la composent jouent le rôle des marchandises consignées que vise l'article 95. Ce qui est vrai en matière de commission le demeure-t-il, si celle-ci porte sur des opérations de Bourse? La couverture, comme il a été exposé précédemment, est considérée, suivant l'intention des parties, tantôt comme un gage, tantôt comme un paiement anticipé. Elle consiste, soit en espèces, soit en titres.

Si la couverture vaut comme paiement anticipé, celui-ci devient définitif, lorsque à l'échéance il reste au compte du spéculateur un débit, duquel l'intermédiaire se règle avec le montant de la couverture. Si

celle-ci consiste en argent, le paiement aura lieu directement, par interprétation de l'intention tacite des parties, — point controversé, — ou par l'effet de leur volonté expresse. Il aura donc lieu au domicile de l'intermédiaire.

Si la couverture en espèces vaut comme gage, il en sera de même. Le créancier ne peut à défaut de paiement disposer de son gage, sinon par le moyen de certaines formalités. En matière commerciale, il faut avant une vente publique procéder à une signification, suivie d'un délai de huit jours. L'on doit admettre qu'une signification permettra au créancier, nanti d'un gage en espèces, de se payer sur le montant de celles-ci. Le paiement aura donc lieu encore à son domicile.

Mais si la couverture consiste en titres, qu'elle vaille comme paiement anticipé ou comme gage, où le paiement aura-t-il lieu? Il semble que ce soit à l'endroit de la Bourse, où s'opérera la réalisation. Il s'ensuivrait un déplacement de compétence, qui ne serait favorable aux intérêts d'aucune des parties, puisque le tribunal susceptible d'être saisi leur sera souvent étranger à toutes deux. Un ordre donné par un client de province à son banquier de province ne peut sur mainte valeur être exécuté que sur un marché lointain.

En résumé, c'est donc au tribunal du domicile de l'intermédiaire que la compétence, qu'il y ait ou non

couverture, appartient en fait, si ce n'est dans les cas inadmissibles en pratique, où il y aurait eu une convention dérogeant à l'usage général, et stipulant que le paiement serait fait au domicile du donneur d'ordre. En tous cas, le dépôt de la couverture doit être considéré comme une présomption en sens contraire, qui ne cesse pas d'être admissible, même si elle se compose de valeurs qui n'ont qu'un marché lointain.

Vu : le Président de la thèse

ALBERT WAHL

Vu : le Doyen,

P. CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

L. LIARD

BIBLIOGRAPHIE

BUCHÈRE. — Traité des opérations de Bourse, 1876.

COURTOIS. — Traité des opérations de Bourse et de change.

CRÉPON. — De la négociation des effets publics et autres, 1891.

DELOISON. — Traité des valeurs mobilières.

DALLOZ. — Jurisprudence générale.

— Trésor public.

FONTAINE. — La Bourse et ses opérations légales, 1908.

JEANNOTTE-BOZERIAN. — La Bourse et ses opérations.

LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de Droit commercial.

— De la commission.

— Des opérations de Bourse.

MANUEL-CANON.

MOLLOT. — Traité de la Bourse, 1831.

PLANIOL. — Traité de Droit civil.

— Du mandat.

PROUDHON. — Manuel du spéculateur.

ROBERT-MILLES. — Grammaire de la Bourse.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.	5
CHAPITRE I. — <i>Du marché à terme</i>	15
Définition	15
Validité.	16
Conditions générales de la négociation en Bourse.	18
Nature du marché à prime	21
CHAPITRE II. — <i>Du mandat</i>	28
Mandat civil et mandat commercial	28
CHAPITRE III. — <i>Des intermédiaires</i>	33
1. Du banquier transmetteur d'ordres.	35
De la représentation	36
Négociation à terme des titres nominatifs non convertibles	37
Convention de prête-nom.	39
2. Du banquier-coulissier.	41
Historique	42
Syndicat des banquiers en valeurs à terme.	49
3. Du remisier	52
Définition	53
Rapports du remisier et du donneur d'ordre	53
Rapports du remisier et de l'intermédiaire.	58
Contrat de remise <i>sui generis</i>	61
Obligation du secret professionnel.	64
Jurisprudence	64
Doctrines	67

CHAPITRE IV. — <i>De l'ordre de Bourse</i>	72
Modalités	72
Capacité du donneur d'ordre	74
Justification d'ordre	75
Mandat civil	76
Mandat commercial	79
Présomptions	81
Production des livres.	86
Rapports de l'intermédiaire et du donneur d'ordre.	87
Rapports de deux intermédiaires.	88
Aveu du défendeur	89
CHAPITRE V. — <i>De l'exécution de l'ordre</i>	92
Obligations de l'intermédiaire	92
Justifications	100
Droit du mandant de les réclamer	101
Moyens de preuve	104
Réception des bordereaux : ratification	105
Valeur probante du bordereau d'agent de change.	108
Production des livres de commerce	114
Critérium de la représentation	120
Obligation de produire les livres	122
Production de l'engagement émané de l'inter- médiaire contre-partie	128
Justifications en cas de substitution de mandataire.	131
Transaction	149
CHAPITRE VI. — <i>De l'application inexacte des cours.</i>	151
Sanction civile	152
Redressement de compte.	152
Nullité de l'opération. Contrat direct.	154
Sanction pénale. Escroquerie.	159
CHAPITRE VII. — <i>De la liquidation</i>	164
Liquidation centrale.	164
Liquidation particulière du donneur d'ordre.	167

Liquidation d'office	173
Validité	176
Décret du 7 octobre 1890.	182
Distinction entre l'agent de change et l'inter- médiaire libre. Mise en demeure.	183
Jurisprudence.	185
Durée du droit d'exécuter.	188
Le bénéfice du terme est acquis aux parties.	189
Le droit d'exécuter est-il limité aux époques de la liquidation centrale ?	192
Liquidation d'office de l'intermédiaire	196
Agent de change.	196
Coulissier	198
Effets à l'égard du donneur d'ordre.	199
CHAPITRE VIII. — <i>Du report</i>	205
Effets à l'égard du reporteur et du reporté	207
Évolution doctrinale.	209
Le report, prêt sur nantissement	211
Vente à réméré.. . . .	215
Contrat <i>suï generis</i> et contrat réel.	216
Le report constitué par deux ventes indépen- dantes.	219
Résolution du contrat.	220
Report d'office	222
Indivisibilité des reports successifs.	225
Rentes reportables	226
Jurisprudence. Controverse	227
Report direct	233
CHAPITRE IX. — <i>De la couverture</i>	239
Compte de liquidation.	240
Compte courant	242
Nature du contrat de couverture	244
Gage ou paiement anticipé	245
Couverture en espèces ou en titres.	247

Application de la couverture. Controverse . . .	249
De plein droit	250
En vertu d'une autorisation postérieure à l'échéance.	251
Tacite	251
Expresse	252
Nécessité d'une approbation de compte. .	254
Justification de propriété des titres remis . . .	256
Compensation.	257
CHAPITRE X. — <i>Du règlement définitif</i>	260
Approbation de compte. Nullités relatives. . .	260
Règlement définitif. Nullité absolue	260
Valeurs cotées.	261
Approbation de compte tacite	262
Règlement définitif	267
Fondement juridique.	272
Opérations de jeu.	272
Violation de l'article 76.	273
CHAPITRE XI. — <i>De la compétence</i>	278
Compétence civile et compétence commerciale .	278
Compétence <i>ratione materiæ</i>	279
Compétence <i>ratione personæ</i>	280

